

LOVVALGSREGLENE I EFs KONKURSFORORDNING



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 212
Leveringsfrist: 10.11.2009

Til sammen 39 252 ord

04.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling og avgrensninger	1
1.2	Opplegget for lovvalgsdrøftelsene	3
1.3	EF-forordning 1346/2000 om konkurs.....	5
1.3.1	Generelt om forordningen	5
1.3.2	EFKs virkeområde og forholdet til den nordiske konkurskonvensjonen	8
<u>2</u>	<u>HOVEDINSOLVENSBEHANDLINGER OG TERRITORIELLE INSOLVENSBEHANDLINGER.....</u>	<u>13</u>
2.1	Innledning.....	13
2.2	Generelt.....	14
2.3	Hovedinsolvensbehandling	18
2.4	Territorielle insolvensbehandlinger	20
2.4.1	Generelt	20
2.4.2	Uavhengige territoriale insolvensbehandlinger	22
2.4.3	Sekundære insolvensbehandlinger	24
2.5	Kort om norsk rett	26
<u>3</u>	<u>HOVEDREGELEN OM LOVVALGET.....</u>	<u>28</u>
3.1	Innledning.....	28
3.2	Innholdet i EFK.....	29
3.3	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge.....	31

3.4	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat	37
<u>4</u>	<u>TREDJEMENNS "TINGLIGE RETTIGHEDER"</u>	<u>38</u>
4.1	Innledning.....	38
4.2	Innholdet i EFK.....	40
4.2.1	"Tinglige rettigheter" i EFK	40
4.2.2	Rettigheten skal ikke berøres.....	47
4.2.3	Tidspunktet for etablering av "tinglige rettigheter"	53
4.2.4	Aktivumets situs	53
4.3	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat	56
4.3.1	Generelt	56
4.3.2	"Tinglige rettigheter" i Norge.....	57
4.3.3	Den "tinglige ret" skal ikke berøres	65
4.4	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge.....	66
4.4.1	Generelt	66
4.4.2	"Tinglige rettigheter" i utenlandske aktiva.....	67
4.4.3	Norske regler som ikke får anvendelse fordi rettigheten ikke skal berøres	68
<u>5</u>	<u>EIENDOMSFORBEHOLD</u>	<u>72</u>
5.1	Innledning.....	72
5.2	Når skyldneren er kjøper – EFK artikkel 7 nr. 1	73
5.2.1	Innholdet i EFK	73
5.2.2	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge	78
5.2.3	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat.....	82
5.2.4	Oppsummering	86
5.3	Når skyldneren er selger – EFK artikkel 7 nr. 2.....	86
5.3.1	Innholdet i EFK	86
5.3.2	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge	91
5.3.3	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat.....	92

<u>6</u>	<u>AVTALER VEDRØRENDE FAST EIENDOM.....</u>	<u>94</u>
6.1	Innledning.....	94
6.2	Innholdet i EFK.....	95
6.3	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat	98
6.3.1	Generelt	98
6.3.2	Skyldneren er selger/utleier	100
6.3.3	Skyldneren er kjøper/leier	104
6.4	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge.....	108
<u>7</u>	<u>SÆRLIG OM FAST EIENDOM, SKIP OG LUFTFARTØY</u>	<u>110</u>
7.1	Innledning.....	110
7.2	Innholdet i EFK.....	111
7.3	Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat	115
7.4	Insolvensbehandlingen er innledet i Norge.....	119
<u>8</u>	<u>OMSTØTELSE.....</u>	<u>121</u>
8.1	Innledning.....	121
8.2	Generelt.....	122
8.3	De enkelte krav i bestemmelsen.....	124
<u>9</u>	<u>AVSLUTNING.....</u>	<u>128</u>
	<u>LITTERATURLISTE.....</u>	<u>130</u>
	<u>LOVER, DOMMER, FORARBEIDER OG ANNET</u>	<u>134</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensninger

Denne oppgavens tema er EFs insolvensrettslige lovvalgsregler, regulert i Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 av 29. mai 2000 om konkurs (rfo. 1346/2000, heretter EFK).

Det er i dag vanlig at norske selskaper driver handel på tvers av landegrenser. Globaliseringen av forretningslivet har blitt drevet frem av mellomstatlige handelsavtaler som GATT (senere WTO) fra 1948 og EØS-avtalen fra 1994. EU-landene er Norges klart viktigste handelspartnere – fire femdel av all eksport fra Norge gikk i 2007 til land i EU.¹

Når en av partene i et slikt grenseoverskridende rettsforhold går konkurs, blir en rekke spørsmål av internasjonal privatrettslig art aktualisert. For det første må det fastlegges hvilken stat som har konkurshjursidiksjon, for det andre må det avgjøres hvilket lands rett som skal regulere de ulike rettsspørsmål (lovvalgsspørsmålet), for det tredje må det undersøkes i hvilken grad statene anerkjenner hverandres konkurser, og for det fjerde må det avgjøres hvordan samarbeidet mellom statene skal foregå. I denne oppgaven er det primært lovvalgsreglene som behandles.

I en konkurs er lovvalget regelmessig knyttet til spørsmål som også oppstår på andre rettsområder, for eksempel i forbindelse med fast eiendom, løsøre, panterettigheter m.v. På grunn av samfunnets behov for å sikre en ordnet fordeling av skyldnerens midler i en konkurssituasjon, er det imidlertid ikke gitt at de regler og prinsipper som gjelder i den alminnelige internasjonale privatrett gjelder tilsvarende for de samme spørsmål i en konkurssituasjon. Man kan derfor snakke om den internasjonale insolvensretten som et eget rettsområde under den internasjonale privatrett. Bortsett fra den nordiske

¹ Se http://www.ssb.no/vis/magasinet/slik_lever_vi/art-2007-03-05-01.html (avlest 26. mai 2009).

konkurskonvensjonen² finnes det ingen norsk regulering av spørsmål knyttet til lovvalg i konkurs.

De internasjonale spørsmålene i insolvensretten er i det hele tatt lite behandlet i norsk rettsvitenskap. Det finnes heller ikke mye praksis på feltet, men det er sannsynlig at det finnes en sammenheng mellom manglende regulering og teori på den ene siden og manglende praksis på den annen: Når rettsstilstanden er uavklart har begge parter i konflikten et incentiv til å løse tvisten i minnelighet. Det foreligger dermed et udekket behov for rettslig vurdering av hvordan spørsmål om lovvalg i den norske insolvensretten kan reguleres på best mulig måte.

EU har gjennom EFK regulert de internasjonale privatrettslige spørsmålene som oppstår ved en grenseoverskridende konkurs. I forordningens artikler 4 til 15 er det gitt bestemmelser om lovvalg som skal erstatte medlemsstatenes lovvalgsregulering i konkurs. Hovedregelen i artikkel 4 er at konkursåpningsstatens rett regulerer alle sider ved insolvensbehandlingen. Forordningen er ikke gjennomført i Norge, og er følgelig ikke bindende.³

Problemstillingen for denne oppgaven er hvordan forordningens lovvalgsregulering og begreper skal forstås dersom den blir gjennomført i norsk rett. De delene av oppgaven som behandler forordningen anvendt på norsk rett er således skrevet under forutsetning av at forordningen gjennomføres i Norge.

Forordningen inneholder elleve unntak fra hovedregelen i artikkel 4, men av hensyn til oppgavens omfang har det foruten hovedregelen bare vært plass til å behandle seks av unntakene, nemlig artiklene 5, 7, 8, 11, 13 og 14. Disse er valgt fordi de regulerer spørsmål

² ”Konvensjon mellem Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs” 7. november 1933. Dennes forhold til EFK er nærmere behandlet nedenfor i punkt 1.3.2.

³ Justisdepartementet har tatt opp problemstillingen, og høsten 2009 begynte et arbeid med å vurdere hvordan Norge bør regulere internasjonale insolvensrettslige spørsmål.

som er praktiske, samtidig som det er en sammenheng mellom dem. Artiklene har dessuten alle en side til problemstillingene som oppstår ved at vi i den norske rettstradisjonen har en annen tilnærming til eiendomsrettens overgang enn hva som er tilfelle i den kontinentale rettstradisjonen. Det norske synet på eiendomsrettens overgang i møte med europeisk regulering er således et gjennomgangstema ved anvendelsen av EFK på insolvensbehandlinger med tilknytning til Norge.

Dersom partene i et kontraktsforhold har avtalt lovvalg oppstår særlige spørsmål. Partsautonomien er et ulovfestet prinsipp i norsk internasjonal privatrett, og partene står fritt til å avtale hvilken bakgrunnsrett som skal regulere kontrakten.⁴ I utgangspunktet kan partene også avtale seg bort fra statenes preseptoriske regler, men visse regler anses å beskytte interesser som er av slik viktighet at partene ikke kan avtale seg bort fra dem - de såkalt internasjonalt preseptoriske reglene.⁵ Statenes insolvensrettslige regler er normalt internasjonalt preseptoriske, slik at disse får anvendelse på et rettsforhold uavhengig av partenes avtalte lovvalg.⁶ I hvilken grad et avtalt lovvalg får betydning i en insolvenssituasjon behandles ikke i denne oppgaven.

1.2 Opplegget for lovvalgsdrøftelsene

Det er et mål med oppgaven å avklare de spørsmål som oppstår når norske rettsanvendere skal ta i bruk forordningens lovvalgsregulering. Fremstillingen av lovvalgsreglene er

⁴ Hans Petter Lundgaard, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave, Oslo 2000 s. 231; Helge J. Thue, *Internasjonal privatrett : personrett, familierett og arverett : alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer*, Oslo 2002 s. 41; Giuditta Cordero Moss, "Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2007 s. 679-717 (s. 683).

⁵ Moss 2007 s. 702 flg.

⁶ Giuditta Cordero Moss, "International Arbitration and the Quest for the Applicable Law," *Global Jurist*: Vol. 8: Iss. 3 (Advances), Article 2, 2008 s. 21.

skrevet med tanke på bruk i det praktiske liv. De forskjellige kapitlene følger alle samme tredeling:

I hvert kapittel behandler jeg først innholdet av EFK isolert. Dette innebærer at jeg gjør rede for innholdet i de relevante artiklene i EFK, særlig med sikte på norske lesere. Fordi forordningsteksten er den klart viktigste – og ofte den eneste – kilden, innledes hvert kapittel med å gjengi ordlyden i den relevante artikkelen.

Videre redegjør jeg i hvert kapittel for situasjonen som oppstår når det er innledet insolvensbehandling i Norge med tilknytning til en annen medlemsstat. I hvert kapittel tar jeg også for meg situasjonen når det i en annen medlemsstat er innledet insolvensbehandling med tilknytning til Norge. Felles for de to sistnevnte punktene er at jeg ser forordningens regulering i sammenheng med de relevante norske reglene.⁷

Når forordningen settes i sammenheng med norske regler består oppgaven dels i å ”oversette” forordningens begreper til de tilsvarende norske, og dels i å bringe klarhet i hvilken betydning forordningens regulering får for norske regler. Når for eksempel forordningens artikkel 5 bestemmer at ”tinglige rettigheter” ikke skal berøres, må det således avklares hva som er ”tinglige rettigheter” i norsk rett, og hvilke norske regler som ikke kommer til anvendelse fordi de berører slike rettigheter. I de tilfellene hvor det er utenlandske materielle regler som er avgjørende, inneholder oppgaven bare en henvisning til hvilke regler rettsanvenderen her må undersøke.

⁷ Kapittel 8 om omstøtelse bryter riktignok noe med dette, se begrunnelse for dette i punkt 8.1.

1.3 EF-forordning 1346/2000 om konkurs

1.3.1 Generelt om forordningen

Forordningen er et resultat av en lang prosess som startet allerede i 1963, og det ble i tiden frem mot den endelige forordningen fremlagt en rekke utkast til konvensjon i EU-samarbeidet (konvensjon var den korrekte fremgangsmåte før Amsterdamavtalen). Det kom tre utkast til konvensjon, henholdsvis i 1970, 1982 og 1995. Også Europarådet forsøkte å lage en konvensjon om internasjonal insolvens (Istanbulkonvensjonen undertegnet 5. juni 1990), men dette arbeidet stagnerte da Europarådet ikke fikk EU til å anbefale sine medlemsland å slutte seg til konvensjonen.

Konvensjonsteksten til 1995-utkastet ligger til grunn for EFK, og i realiteten ble denne konvensjonsteksten bare formelt gjort om til en forordning. Forordningen er gitt med hjemmel i Romatraktatens (EF-traktaten) artikler 61c og 67 første ledd sammenholdt med artikkel 65, og ble vedtatt av Rådet 29. mai 2000. For de medlemsland som er omfattet trådte den i kraft 31. mai 2002. Siden det er en forordning er den direkte bindende for medlemsstatene etter sin ordlyd, uten at de kan endre formuleringer eller inkorporere den i sitt eget rettssystem på annen måte. I utgangspunktet er forordningen bindende for alle statene som er medlemmer av EU, men Danmark har tatt forbehold, og er ikke bundet av forordningen.⁸

Forordningen er gitt på alle medlemslandenes språk, og det finnes derfor flere utgaver av forordningen.⁹ De ulike språklige versjonene er likestilt, og er formelt like gyldige. I denne oppgaven er det primært den danske versjonen som anvendes, da det danske språket er det som ligger nærmest det norske. Den danske versjonen sammenlignes med andre språklige versjoner av forordningen der det kan bidra til å avklare tolkningstvil, eller presisere innholdet av forordningen. At forordningen er gitt på flere språk har dessuten den konsekvens at den eksakte ordlyden ikke er like avgjørende som vi er vant med fra norsk

⁸ Se fortalens punkt 33.

⁹ P.t. foreligger den på 22 av de 23 offisielle språkene i EU.

rett, og ikke sjelden må flere språklige versjoner undersøkes for å avgjøre forordningens innhold.¹⁰

EF-forordninger har ikke offisielle forarbeider, men i stedet fortaler som er inntatt foran forordningens artikler. EF-forordningers fortaler har noe av den samme funksjonen som forarbeider i norsk rett, men da også fortalen er vedtatt av Rådet har den større rettskildemessig vekt enn vi tillegger de norske forarbeidene.¹¹ Fortalen til EFK inneholder 33 punkter, og ved tolkningstvil har eventuelle uttalelser i fortalen stor betydning.

Etter at arbeidet med 1995-utkastet var sluttført skrev en rekke nasjonale eksperter en forklarende rapport til konvensjonen, under ledelse av Miguel Virgos fra Spania og Etienne Schmit fra Luxembourg.¹² Rapporten ble ikke senere tilpasset forordningen og formelt gjort til en del av denne, og har således ingen offisiell status i forhold til forordningen. Rapporten anses likevel for å ha en sentral betydning ved fortolkningen av forordningens artikler, og den har blitt tillagt vekt i teorien.¹³ I den svenske proposisjonen vedrørende internasjonal insolvens hevdes det sågar at rapportens manglende offisielle status ikke bør ha noen betydning for dens rettskildemessige vekt.¹⁴ I generaladvokatens innstilling til Eurofood-dommen (sak C-341/04, Sml. 2006 s. I-03813) sies det også at Virgos/Schmit-

¹⁰ Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 42-43; Gabriel Moss, Ian F. Fletcher og Stuart Isaacs (ed.), *The EC regulation on insolvency proceedings : a commentary and annotated guide*, 2nd edition, Oxford 2009 s. 30.

¹¹ Sejersted mfl. 2004 s. 51.

¹² "Report on the Convention of Insolvency Proceedings" (6500/96), heretter omtalt som Virgos/Schmit-rapporten. Rapporten er tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/952/01/insolvency_report_schmidt_1988.pdf

¹³ Ian F. Fletcher, *Insolvency in private international law : national and international approaches*, 2nd edition, Oxford 2005 s. 357; Manuel Virgos og Francisco Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, Haag 2004 s. 7; Jona Israël, *European cross-border insolvency regulation : a study of regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a Comitatus Europaea*, Antwerpen 2005 s. 243; Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, 2nd edition, London 2007 s. 896; Bob Wessels (ed.), *Cross-border insolvency law : international instruments and commentary*, Alphen aan den Rijn 2007 s. 44 og Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 33.

¹⁴ Ds 2007: 6 på s. 89.

rapporten bør anvendes ved fortolkningen av forordningen, selv om den formelt sett ble skrevet til konvensjonen.¹⁵

EFK regulerer primært de internasjonale privatrettslige aspektene ved insolvensbehandlinger. Forordningen består av fire hovedområder: jurisdiksjonsspørsmål, anerkjennelse av insolvensbehandlingens virkninger, lovvalg og samarbeid mellom medlemsstatene. I denne oppgaven fokuseres det som sagt primært på bestemmelsene om lovvalg, men de fire områdene henger sammen, og de andre områdene berøres derfor også i noen grad.

I de delene av EFK som angår samarbeid mellom bobehandlinger og fremgangsmåten for å informere kreditorer og anmeldelse av krav, inneholder forordningen en rekke regler som erstatter medlemsstatenes interne regulering av slike spørsmål. Forordningens lovvalgsregulering inneholder, med ett unntak,¹⁶ ingen bestemmelser som erstatter medlemsstatenes materielle konkursregler. Det er dermed ikke et mål med EFK å harmonisere medlemsstatenes materielle rett, men derimot å få de ulike statenes konkursregler til å fungere parallelt med hverandre.¹⁷

Siden forordningen trådte i kraft i 2002 har det blitt avsagt en rekke dommer i EF-domstolen med tilknytning til den. Dommene som har blitt avsagt har stort sett dreiet seg om fastleggelse av konkursjurisdiksjon og samarbeid mellom bobehandlinger. EF-domstolen har ikke avsagt noen dommer i direkte tilknytning til forordningens lovvalgsregulering. Den dommen som inneholder flest uttalelser om lovvalgsreguleringen er sak C-292/08 avsagt 10. september 2009 (ennå ikke inntatt i Sml.) som omtales nærmere nedenfor i punkt 5.2.1. I forbindelse med denne oppgaven har jeg undersøkt rettspraksis fra de øverste domstolene i Sverige, Tyskland og England, og har heller ikke her funnet

¹⁵ Eurofood-dommen er omtalt nærmere nedenfor i punkt 2.3.

¹⁶ Artikkel 7 nr. 2 inneholder en materiell regel som erstatter medlemsstatenes regulering, se nedenfor i punkt 5.3.

¹⁷ Virgos/Garcimartin 2004 s. 7.

dommer som har betydning for de lovvalgsspørsmål som oppstår i forbindelse med forordningen.¹⁸

EFK er ennå ikke behandlet i norsk juridisk litteratur. Det foreligger en rekke utenlandske fremstillinger som omhandler forordningen, og det er særlig fire bøker som er sentrale: *The European Insolvency Regulation* (Virgos/Garcimartin 2004), *Insolvency in private international law* (Fletcher 2005), *European cross-border insolvency regulation* (Israël 2005) og *The EC regulation on insolvency proceedings* (Moss/Fletcher/Isaacs 2009). Felles for disse er at alle behandler forordningen på et overordnet plan, det vil si uten å sette forordningens regulering i sammenheng med en medlemsstats konkursregler. I tillegg er Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen, *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten*, København 2002, verdt å merke seg. Dette er en doktorgrad avlagt ved Universitetet i København, og behandler dansk internasjonal insolvens- og tingsrett. Da avhandlingen ble skrevet var forordningen ennå ikke trådt i kraft, og selv om EFK ikke er bindende for Danmark inneholder fremstillingen givende kommentarer om forordningens forhold til dansk konkursrett.

1.3.2 EFKs virkeområde og forholdet til den nordiske konkurskonvensjonen

Det gis en generell definisjon av EFKs virkeområde i artikkel 1 nr. 1, hvor det står at forordningen får anvendelse på ”kollektive bobehandlinger som følge av en skyldners insolvens, der medfører, at skyldneren helt eller delvis mister rådigheten over sine aktiver, og at der udpeges en kurator”. Ut fra dette kan det utledes fire vilkår som må være til stede for at en insolvensbehandling skal omfattes av forordningen: (1) at det er en kollektiv

¹⁸ I den nyeste utenlandske fremstillingen av forordningen, Moss/Fletcher/Isaacs 2009, er det heller ikke funnet frem til rettspraksis vedrørende lovvalgsreguleringen, med unntak av en underrettsdom fra Belgia som ikke nevner forordningen uttrykkelig, se Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 142-143.

behandling, (2) at skyldneren er insolvent, (3) at skyldneren helt eller delvis fratas rådigheten over sine aktiva og (4) at det utpekes en bobestyrer.¹⁹

Artikkel 1 nr. 1 må leses i sammenheng med artikkel 2 bokstav a som viser til vedlegg A til forordningen.²⁰ Vedlegg A inneholder en oversikt over hvilke av medlemsstatenes insolvensbehandlinger som tilfredsstiller vilkårene i artikkel 1 nr. 1, og som dermed faller inn under forordningens virkeområde. Medlemsstatene har uensartede insolvensbehandlinger, og i hver enkelt stat finnes det flere ulike insolvensbehandlinger.²¹ Oversikten i vedleggene er derfor tatt inn for å unngå tvil om hvorvidt en insolvensbehandling åpnet i en medlemsstat faller innenfor forordningen. En domstol kan således legge til grunn at en insolvensbehandling som er listet opp i vedlegg A omfattes av forordningen, uten å måtte prøve hvorvidt den tilfredsstiller vilkårene i artikkel 1 nr. 1. Insolvensbehandlinger innledet overfor forsikringsselskaper, banker og finansinstitusjoner faller utenfor EFKs virkeområde, jf artikkel 1 nr. 2, og er underlagt to egne direktiver.²²

For at en insolvensbehandling innledet i en medlemsstat skal være omfattet av forordningen, må skyldnerens hovedinteresser være i en medlemsstat, se fortalens punkt 14. Reglene som gjennomgås nedenfor i kapittel 2 om statenes konkursjurisdiksjon etter forordningen er derfor også bestemmende for forordningens virkeområde. Forordningen gjelder både juridiske og fysiske personer. Hvilke skyldnere som kan gjøres til gjenstand for en insolvensbehandling bestemmes av retten i staten der konkursen åpnes, jf. artikkel 4

¹⁹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 28-29.

²⁰ Artikkel 2 bokstav b viser til vedlegg C som inneholder en oversikt over de bobestyrere som omfattes, og artikkel 2 bokstav c viser til vedlegg B som inneholder en oversikt over de insolvensbehandlinger som er en "Likvidation" i forordningens forstand.

²¹ For eksempel omfatter forordningen de engelske insolvenshandlingene "winding-up", "administration", "voluntary arrangements under insolvency legislation" og "bankruptcy", og i Sverige omfattes både "konkurs" og "företagsrekonstruktion" av forordningen, jf. bilag A.

²² Se Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/17/EF av 19. mars 2001 om sanering og likvidation af forsikringsselskaber (EP/Rdir. 2001/17) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF av 4. april 2001 om sanering og likvidation af kreditinstitutter (EP/Rdir. 2001/24).

nr. 2 bokstav a som er behandlet nedenfor i punkt 3.3. Hvilken nasjonalitet skyldneren har er uten betydning så lenge hovedinteressene befinner seg i en medlemsstat.

Når en insolvensbehandling er omfattet av forordningen har den i utgangspunktet universell rekkevidde, og omfatter for eksempel alle skyldnerens aktiva uavhengig av om de befinner seg i en medlemsstat. Forordningens lovvalsregler har likevel et snevrere virkeområde, og gjelder bare lovvalget i forholdet mellom medlemsstatene. Står valget av rettsorden mellom en medlemsstat og en stat som ikke er bundet av forordningen, kan konkursåpningsstaten anvende sine alminnelige lovvalsregler på forholdet.²³

Hvilke av de norske insolvensbehandlingene som skal omfattes av forordningen dersom EFK gjennomføres i Norge er et spørsmål for seg, og problemstillingen berøres ikke i denne oppgaven. Offentlig administrasjon av finansinstitusjoner etter lov 6. desember 1996 nr. 75 om sikringsordninger for banker, forsikringsselskapenes garantiordninger og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner (banksikringsloven) kapittel 4 faller utenfor forordningens virkeområde etter artikkel 1 nr. 2. Særlige spørsmål oppstår vedrørende gjeldsforhandling, da de materielle reglene i dekningsloven i stor grad gjelder tilsvarende for gjeldsforhandling, se lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekn.l.) §§ 1-6 og 2-1. I denne oppgaven behandles bare de spørsmål som oppstår i forbindelse med en norsk *konkurs*.²⁴

For å avgjøre virkeområdet til EFK for Norges vedkommende må også forholdet mellom EFK og ”Konvensjon mellom Norge, Danmark, Finland, Island og Sverige om konkurs” av 7. november 1933 (heretter NKK) behandles. Selv om Norge gjennomfører EFK vil ikke forpliktelsene etter denne konvensjonen falle bort.

²³ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 93.

²⁴ Siden forordningen utelukkende bruker begrepet ”insolvensbehandling”, vil det i denne oppgaven veksles mellom å bruke ”konkurs” og ”insolvensbehandling”. I begge tilfellene er det en konkurs det siktes til.

NKK er en del av et utstrakt rettslig samarbeid mellom landene i Norden på grunn av landenes kulturelle og juridiske nærhet. Konvensjonen regulerer både spørsmål om jurisdiksjon, anerkjennelse, samarbeid og lovvalg i konkurs, og er på tross av sine bare 17 artikler utpreget detaljert og teknisk. I 1982 ble konvensjonens bestemmelser om husleiekraft og skatte- og avgiftsprivilegier endret, men Island har ikke tiltrådt denne endringen; det er dermed den opprinnelige teksten fra 1933 som gjelder i forhold til Island. Vedrørende de insolvensbehandlinger som finnes i Norge omfatter konvensjonen etter artikkel 1 konkurs, etter artikkel 12 finansinstitusjoner som kan settes under offentlig administrasjon etter banksikringsloven og etter artikkel 13 tvangsakkord.²⁵

Dersom EFK blir gjort til en del av norsk rett faller nær sagt hele NKKs betydning bort. Dette skyldes at på de saksområder forordningen gjelder gir EFK artikkel 44 forordningen forrang fremfor andre konvensjoner som er inngått mellom medlemsstatene.²⁶ I EFK artikkel 44 nr. 1 bokstav j er NKK uttrykkelig nevnt som en konvensjon EFK går foran. Når konkursen åpnes i Norge går dermed EFK foran NKK i forholdet til Sverige og Finland, som begge er bundet av forordningen. Hvis konkursen åpnes i en av disse statene er det også EFK som regulerer forholdet.

Hvis EFK blir gjennomført i Norge har dermed NKK bare betydning i forhold til Danmark og Island.²⁷ Men også her kan det oppstå en konflikt med EFKs regulering. Denne konflikten er imidlertid løst i forordningens artikkel 44 nr. 3 bokstav a hvorefter statenes

²⁵ Se banksikringsloven kapittel 4 og lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (kkl.) kapittel VI og XIV.

²⁶ Finansinstitusjoner faller som hovedregel utenfor EFK, jf. ovenfor i punkt 1.3.2, og NKK vil derfor regulere en norsk offentlig administrasjon i forhold til de nordiske land, med mindre direktivene EP/Rdir. 2001/17 og EP/Rdir. 2001/24 også gjennomføres i Norge.

²⁷ I e-post av 11. juni 2009 opplyste professor Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen ved Universitetet i København at Danmark p.t. ikke vurderer å gjennomføre EFK i dansk rett. Island leverte i juli 2009 søknad om EU-medlemsskap, se <http://eng.utanrikisraduneyti.is/speeches-and-articles/nr/5044> (10.oktober 2009). Hvis Island blir medlem av EU, vil EFK bli bindende for dem.

forpliktelser overfor tredjeland, som er inngått før forordningens ikrafttredelse, ved konflikt skal gå foran forordningen.

Det kan oppstå konflikt på grunn av de ulike jurisdiksjonsreglene i NKK og EFK. Etter NKK har en stat konkursjurisdiksjon når skyldneren har sete/bopel der, jf. NKK artikkel 13 forutsetningsvis, og dette er et annet vilkår enn EFKs "Centre Of Main Interest" (COMI).²⁸ På grunn av de ulike kriteriene for å innlede insolvensbehandling, kan det tenkes en situasjon hvor det i Danmark åpnes konkurs hos en dansk skyldner som har sete/bopel der, mens skyldneren har sitt COMI i en medlemsstat. Hvis det åpnes en parallell konkurs i denne staten ville Norge i utgangspunktet være folkerettslig forpliktet til å anerkjenne begge disse konkursåpningene etter henholdsvis NKK og EFK. Resultatet etter EFK artikkel 44 nr. 3 bokstav a blir at Norge kun trenger å anerkjenne den danske konkursens virkninger.

²⁸ Se nærmere nedenfor i punkt 2.3.

2 Hovedinsolvensbehandlinger og territorielle insolvensbehandlinger

2.1 Innledning

Før de ulike lovvalgsreglene skal behandles er det nødvendig å si noe generelt om de ulike typer insolvensbehandlinger som kan åpnes etter forordningen og hva som skal til for at en stat har konkursjurisdiksjon, da dette er en viktig del av det systemet EFK legger opp til. Det er særlig to grunner til at det er viktig å få en grunnleggende forståelse for forordningens ulike insolvensbehandlinger, når forordningens lovvalgsregler skal forstås.

For det første er avgjørelsen av hvilken stat som har konkursjurisdiksjon sentral fordi hovedregelen vedrørende lovvalg i artikkel 4 er at konkursåpningsstaten (*lex fori concursus*) anvender sine egne materielle og prosessuelle konkursregler, se nærmere om hovedregelen nedenfor i kapittel 3. Det er bare hvor forordningen uttrykkelig gjør unntak fra dette, at lovvalget kan legges til en annen stat. Reglene om hvilke stater det kan innledes hovedinsolvensbehandling og territorielle insolvensbehandlinger i er dermed indirekte lovvalgsregler.

For det andre er lovvalgsreglenes utforming til dels basert på at det er mulig å åpne flere parallelle insolvensbehandlinger. For eksempel reduseres betydningen av at ”tinglige rettigheter” i aktiva som befinner seg i andre medlemsstater etter artikkel 5 ikke berøres, fordi slike rettigheter likevel kan berøres ved å åpne sekundære insolvensbehandlinger i staten der aktivumet befinner seg.

I det følgende behandler jeg først forordningens systematikk og forholdet mellom hovedinsolvensbehandlingen og de territorielle insolvensbehandlingene. Deretter gjør jeg rede for vilkårene for å innlede henholdsvis hovedinsolvensbehandling, uavhengig territoriell insolvensbehandling og sekundær insolvensbehandling.

2.2 Generelt

EFK innebærer et kompromiss mellom de hensyn som begrunner at konkursen bør ha universelle virkninger, og de som begrunner en territoriell insolvensbehandling.

Forordningen kan sies å ha en ordning med moderert universalitet.²⁹

Utgangspunktet i EFK er at konkursen har universelle virkninger, jf. artikkel 3 nr.1, og det er insolvensbehandlinger innledet etter denne bestemmelsen som er de primære insolvensbehandlinger (hovedinsolvensbehandlinger). Slike insolvensbehandlinger kan bare åpnes i den stat der skyldneren har COMI, og en hovedinsolvensbehandling skal anerkjennes i alle andre medlemsstater slik at skyldnerens aktiva som befinner seg i disse inngår i hovedinsolvensbehandlingen. Kreditorer i alle medlemsstater har rett til å melde sine krav i dette boet. Som hovedregel er det også konkursåpningsstatens rett som skal regulere både de prosessuelle og materielle spørsmål som oppstår i konkursen, jf. EFK artikkel 4.

En universell hovedinsolvensbehandling sikrer best en rettferdig fordeling av skyldnerens midler mellom kreditorene, fordi det da er én sentralisert behandling som har mulighet til å få oversikt over alle aktiva og passiva. Det er også dette som er forordningens utgangspunkt. Forordningens universelle modell modereres i to henseender:³⁰ (1) Forordningen inneholder flere lovvalgsregler som enten legger lovvalget til en annen stat enn konkursåpningsstaten eller unntar visse rettigheter fra insolvensbehandlingen. Det er disse lovvalgsreglene som er hovedtema for denne oppgaven. (2) Det er i forordningen mulighet til å åpne territorielle insolvensbehandlinger, enten i tillegg til eller uavhengig av hovedinsolvensbehandlingen. Med en territoriell insolvensbehandling menes en insolvensbehandling som bare omfatter skyldnerens aktiva i vedkommende stat.

²⁹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 15.

³⁰ Virgos/Garcimartin 2004 s. 16.

Det er flere hensyn som begrunner at det er mulighet for å åpne territorielle insolvensbehandlinger. For det første kan det være et behov for kreditorer å kunne åpne en insolvensbehandling lokalt slik at behandlingen skjer etter kjente regler, og de dermed unngår usikkerheten ved at et annet lands konkursrett styrer konkursen. Dette hensynet kalles ”beskyttelse av lokale interesser” i Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 32. At det er mulig å innlede territorielle insolvensbehandlinger medfører at skyldnere med COMI i utlandet, kan bli underlagt en konkurs i samme former som nasjonale skyldnere.³¹ Reglene om fri flyt av varer og tjenester innenfor EU medfører at mange virksomheter nå drives på tvers av landegrenser, og uten mulighet for territorielle insolvensbehandlinger ville dette kunne medføre at kreditorer måtte forholde seg til ukjente konkursregler.³² Når det er mulighet for territorielle insolvensbehandlinger behøver ikke lokale kreditorer være bekymret for at konkursen åpnes i et annet land, slik at det blir vanskelig, særlig for svakere kreditorer, å få gjort kravet sitt gjeldende.

Utgangspunktet i forordningen er at alle statene må anerkjenne en konkurs åpnet ved skyldnerens COMI, og uten en mulighet for territorielle insolvensbehandlinger ville det kunne skje et betydelig innhugg i de rettighetene kreditorer og skyldnere hadde innrettet seg etter. For mange medlemsstater var det å minimere risikoen for slike innhugg et sentralt moment ved utarbeidelsen av forordningen, og det var muligheten for territorielle insolvensbehandlinger som førte til enighet mellom statene.³³

For det andre har territorielle insolvensbehandlinger den funksjon at de bistår hovedinsolvensbehandlingen som en form for ”hjelp konkurser”.³⁴ Hvis skyldneren driver en omfattende virksomhet med forretningssteder i flere land, kan det undertiden være til hjelp for bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen at det åpnes territorielle insolvensbehandlinger. Dette gjør seg særlig gjeldende hvor skyldnerens bo er for

³¹ Så lenge de har forretningssted i landet, jf. nedenfor.

³² Fletcher 2005 s. 374.

³³ Israël 2005 s. 291, Virgos/Garcimartin 2004 s. 156.

³⁴ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 33.

komplekst til å behandle som en enhet, og hvor ulikhetene i de berørte rettssystemene er så store at bobestyreren ser seg best tjent med å la en lokal jurist forestå fordelingen av aktiva.³⁵

Prosessøkonomiske hensyn kan også ha betydning. Når et stort antall kreditorer befinner seg i et land hvor skyldneren har forretningssted, kan en lokal insolvensbehandling være mer praktisk enn bare én sentralisert insolvensbehandling i staten hvor skyldneren har COMI. I de tilfeller hvor skyldneren har forretningssted i flere stater har han desentralisert virksomheten på en måte som innebærer at flere parallelle insolvensbehandlinger kan være rettferdiggjort.³⁶ Enkelte lokale kreditorer kan også bruke muligheten for å åpne territorielle insolvensbehandlinger som et argument i forbindelse med forhandlinger med bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen hvis denne forsøker å restrukturere virksomheten.³⁷

Videre er åpning av en territoriell insolvensbehandling ofte den eneste måten tredjemenns ”tinglige rettigheter” og eiendomsforbehold tatt av selgeren av et aktivum kan berøres av en insolvensbehandling.³⁸ Etter henholdsvis artikkel 5 og 7 skal nemlig slike rettigheter ikke berøres av konkursen, når aktivumet den er stiftet i befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten. Når en territoriell konkurs er åpnet i den staten der aktivumet befinner seg kan slike rettigheter likevel berøres, da de vil befinne seg i konkursåpningsstaten slik at artiklene 5 og 7 ikke får anvendelse.³⁹

Det er også ulemper ved forordningens adgang til å åpne territorielle insolvensbehandlinger. Hvis det er en for vid adgang til å åpne slike insolvensbehandlinger kan dette undergrave hovedinsolvensbehandlingens universelle karakter, ved at de aktiva

³⁵ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 33.

³⁶ Virgos/Garcimartin 2004 s. 156.

³⁷ Israël 2005 s. 295.

³⁸ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 33.

³⁹ ”Tinglige rettigheter” behandles i kapittel 4 og eiendomsforbehold behandles i kapittel 5 nedenfor.

som inngår i de territorielle insolvensbehandlingene ikke blir gjort til en del av hovedinsolvensbehandlingen.⁴⁰ Dette avhjelpes ved forordningens regler om samarbeid mellom insolvensbehandlingene, men situasjonen kan likevel bli uoversiktlig ved for mange parallelle konkurser.

Videre medfører muligheten for territorielle insolvensbehandlinger en risiko for at skyldneren i samråd med anselige kreditorer flytter aktiva til en stat hvis rettsystem begunstiger disse kreditorene, eller legger ned forretningssted i stater som har en ufordelaktig konkursrett for å hindre at staten har konkurshjemsjekk.⁴¹

De negative sidene ved territorielle insolvensbehandlinger har ført til at det i forordningen er nøye regulert på hvilke vilkår slike konkurser kan åpnes og hvordan de skal håndteres.⁴² For eksempel kan territorielle insolvensbehandlinger bare innledes i stater der skyldneren har forretningssted, alle kreditorer kan melde krav i en territoriell insolvensbehandling, og slike insolvensbehandlinger er til en viss grad underordnet hovedinsolvensbehandlingen.

Hvorvidt forordningen i praksis vil føre til en god behandling av grenseoverskridende konkurser er i stor grad være avhengig av hvor godt dette er regulert, da et for vidt rom for territorielle insolvensbehandlinger undergraver forordningens grenseoverskridende karakter.⁴³

⁴⁰ Israël 2005 s. 291, Virgos/Garcimartin 2004 s. 157.

⁴¹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 14.

⁴² *ibid.* s. 157.

⁴³ Israël 2005 s. 291.

2.3 Hovedinsolvensbehandling

Etter EFK artikkel 3 nr. 1 kan det åpnes en hovedinsolvensbehandling i den staten der skyldnerens COMI befinner seg, og det kan bare åpnes én hovedinsolvensbehandling.⁴⁴

Denne insolvensbehandlingen omfatter alle skyldnerens aktiva, og reglene om anerkjennelse i forordningens kapittel 2 sikrer at universaliteten er reell. Etter artikkel 17 skal en insolvensbehandling som er innledet med hjemmel i artikkel 3 nr. 1 umiddelbart ha de samme virkningene i andre medlemsstater, så lenge det ikke åpnes en sekundær insolvensbehandling. Domstolen i konkursåpningsstaten må prøve hvorvidt skyldneren er insolvent.

Vilkåret for å åpne hovedinsolvensbehandling er altså at senteret for skyldnerens hovedinteresser, ”Centre Of Main Interest” (COMI), befinner seg i staten. Dette er et autonomt begrep for forordningen, og skal forstås ensartet i alle medlemsstatene. De ulike medlemsstatene har ikke adgang til å gi begrepet et eget innhold.⁴⁵ Hva som menes med COMI er utdypet i forordningens forale punkt 13 hvor det står at ”centret for skyldnerens hovedinteresser bør være det sted, hvor skyldneren normalt forvalter sine interesser, og det er således identifiserbart for tredjemand”.⁴⁶ Selv om fortalen ikke er bindende på samme måte som om dette var inntatt i en legaldefinisjon i en artikkel i forordningen, legges det ved domstolene stor vekt på uttalelser i fortalen når det er uklar tekst. En slik klar uttalelse som vi her står overfor har derfor tilnærmet samme verdi som en legaldefinisjon.⁴⁷

Fortalens definisjon av COMI gir anvisning på tre følgende momenter som er relevante ved vurderingen: (1) hvor *forvaltningen* av virksomheten finner sted, (2) hvor virksomheten er *synlig utad for tredjemenn*, og (3) det kan bare være ett *sentrum* for hovedinteresser for

⁴⁴ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 73.

⁴⁵ Virgos/Garcimartin 2004 s. 37.

⁴⁶ Fortalens formulering er hentet fra Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 75.

⁴⁷ I Eurofood-dommen (sak C-341/04, Sml. 2006 s. I-03813) avsnitt 33 omtaler EF-domstolen fortalens punkt 13 som en definisjon av COMI.

hver enkelt skyldner.⁴⁸ Det fører for langt å utdype hvert enkelt moment i denne oppgaven, det blir derfor kun en oppsummering av hva som typisk blir resultatet etter anvendelse av momentene. For fysiske personer er COMI bostedet, men hvis de driver med næringsvirksomhet er COMI der denne utøves, såfremt insolvensen har sammenheng med næringsvirksomheten.⁴⁹ For selskaper og andre juridiske personer er COMI hovedkontoret der sentraladministrasjonen er lokalisert og beslutningene tas, men det er viktig å vurdere presumsjonen i artikkel 3 nr. 1.

Artikkel 3 nr. 1 inneholder en regel vedrørende selskaper og andre juridiske personer, som er det mest praktiske ved grenseoverskridende konkurser, om at det er presumsjon for at disse har COMI i registerlandet.⁵⁰ Da dette bare er en presumsjon kan COMI anses å befinne seg et annet sted hvis selskapet har tilstrekkelig sterk tilknytning, jf. momentene ovenfor. Det er ikke sagt noe om hva som skal til for at presumsjonen kan fravikes, men det er antatt at bevisbyrden og tvilsrisikoen ligger på den som hevder at COMI befinner seg i en annen stat.⁵¹ Kreditorer kan dermed ikke innrette seg blindt etter at en eventuell insolvensbehandling vil åpnes i registerstaten, men må undersøke realitetene.

Presumsjonen i artikkel 3 nr. 1 er ved flere anledninger behandlet av EF-domstolen, og særlig Eurofood-dommen (sak C-341/04, Sml. 2006 s. I-03813) er sentral ved fortolkningen. Skyldneren var selskapet Eurofood som var stiftet og registrert i Irland, og det ble innledet insolvensbehandling overfor selskapet i Irland. Eurofood var et datterselskap av det italienske selskapet Parmalat SpA, som også hadde gått konkurs og insolvensbehandling var innledet overfor selskapet i Italia. Spørsmålet som ble forelagt EF-domstolen var hvorvidt det etter forordningen kunne innledes insolvensbehandling overfor Eurofood i Irland, eller om det skulle gjøres til en del av den italienske insolvensbehandlingen hvor hovedkontoret til konsernet var lokalisert. I tilknytning til

⁴⁸ Virgos/Garcimartin 2004 s. 40-43.

⁴⁹ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 75.

⁵⁰ "[V]edtægtsmæssige hjemsted" i den danske utgaven og "place of the registered office" i den engelske.

⁵¹ Fletcher 2005 s. 369, Virgos/Garcimartin 2004 s. 44.

artikkel 3 nr. 1 fremgår det avsnittene 33-35 at domstolen legger særlig vekt på hensynet til at tredjemenn skal kunne forholde seg til at selskapet hører hjemme i staten det er registrert. Videre bruker domstolen postboksselskap som eksempel på en situasjon hvor presumsjonen kan fravikes, og uttaler i avsnitt 36 at "[h]vis et selskab udøver sin virksomhed i den medlemsstat, hvor dets hjemsted er beliggende, er den omstændighed, at dets økonomiske beslutninger kontrolleres eller kan kontrolleres af et moderselskab med hjemsted i en anden medlemsstat, derimod ikke tilstrækkelig til at afkræfte den formodning, som er opstillet i forordningen." Det skal altså mye til før presumsjonen i artikkel 3 nr. 1 kan fravikes, slik at COMI anses å være i en annen stat enn registerstaten.⁵²

Som et resultat av at skyldneren bare kan ha COMI ett sted, vil åpning av en hovedinsolvensbehandling i en stat få litispendensvirkninger. Dermed kan det bare åpnes territorielle insolvensbehandlinger etter at en hovedinsolvensbehandling er åpnet i en medlemsstat. Dersom COMI ikke ligger i noen av medlemsstatene vil forholdet ligge på siden av forordningen, og medlemsstatenes internasjonale privatrett avgjør spørsmålet.⁵³

2.4 Territorielle insolvensbehandlinger

2.4.1 Generelt

Etter EFK artikkel 3 nr. 2 kan det innledes en territoriell insolvensbehandling i medlemsstater der skyldneren har et "forretningssted"⁵⁴, såfremt COMI befinner seg i en av de andre medlemsstatene. Dette er også et autonomt begrep for forordningen, og det som er sagt om dette ovenfor under COMI gjelder tilsvarende her.

⁵² Reinhard Dammann, "Mobility of companies and localization of assets – arguments in favor of a dynamic and teleological interpretation of EC regulation no 1346/2000 on insolvency proceedings" i *Faillité internationale et conflit de juridictions : regards croisés transatlantiques*, Georges Affaki (ed.) (Paris 2007) s. 105-124 (s. 116).

⁵³ Virgos/Garcimartin 2004 s. 158.

⁵⁴ "[E]stablishment" i den engelske utgaven av forordningen.

I artikkel 2 bokstav h er det en legaldefinisjon av hva som menes med at skyldneren har et forretningssted, og i den danske versjonen står det her at et forretningssted er ”ethvert sted, hvorfra skyldneren udøver en ikke-forbigående økonomisk eller erhvervsmæssig aktivitet under anvendelse af menneskelige midler og reelle produktionsfaktorer”.⁵⁵

Dette innebærer for det første at utøvelsen ikke må være av forbigående karakter, og den negative formuleringen er valgt for at det ikke skal stilles rigide minimumskrav.⁵⁶ Det er ikke meningsfullt å si noe generelt om tidsperspektivet, da dette må avgjøres konkret fra tilfelle til tilfelle mens man har in mente at forordningen tillegger dette momentet vekt.⁵⁷ For det andre stilles det et krav om at det skal ha vært en viss minimumsorganisering av virksomheten, ved at det nevnes eksplisitt at ”menneskelige midler og reelle produktionsfaktorer” (min kursivering) må være til stede.

For det tredje menes det med ”sted”⁵⁸ at den økonomiske aktiviteten må utøves utad på et marked, men det stilles ikke krav til hva slags økonomisk aktivitet som drives (for eksempel industri, tjenesteyting m.v.). Endelig beror avgjørelsen på en helhetsvurdering, hvor det står sentralt at hensynet som ligger bak regelen er at det skal være en likebehandling mellom nasjonale og fremmede selskaper som driver virksomhet i den samme staten. Dette er begrunnet i at kreditorer ikke skal behøve å ta i betraktning hvorvidt skyldneren er utenlandsk. Av denne grunn er det avgjørende hvordan virksomheten fremstår utad, og ikke hvordan den faktisk er organisert.⁵⁹

⁵⁵ Begrunnelsen for at det ble utformet som en legaldefinisjon er at det var noe uenighet mellom medlemsstatene om dette punktet under forhandlingene vedrørende 1995-utkastet, se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 70.

⁵⁶ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 71.

⁵⁷ Fletcher 2005 s. 376.

⁵⁸ ”Place of operations” i den engelske versjonen.

⁵⁹ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 71.

Ved en territoriell insolvensbehandling er det bare aktiva i den staten hvor insolvensen innledes som fordeles mellom kreditorene, se forordningens artikkel 3 nr. 2 annet punktum jf. artikkel 27 tredje punktum. Alle kreditorer har lik rett til å melde krav i boet, jf. artikkel 32 nr. 1. Lovvalget ved territorielle insolvensbehandlinger er i utgangspunktet lagt til konkursåpningslandet, men unntakene fra hovedregelen vedrørende lovvalg gjelder også territorielle insolvensbehandlinger. For uavhengige territorielle insolvensbehandlinger følger dette av hovedregelen i artikkel 4 og for sekundære insolvensbehandlinger av artikkel 28. Hvilke krav som kan meldes, prioritet, m.v. må dermed skje innenfor rammene av *lex fori concursus*' regler om dette.

2.4.2 Uavhengige territorielle insolvensbehandlinger

Hvis en territoriell insolvensbehandling innledes før det er åpnet en hovedinsolvensbehandling er det en uavhengig territoriell insolvensbehandling.⁶⁰ Dette kan enten være en konkurs ("likvidation") eller en restrukturering.⁶¹ Som ved åpning av en hovedinsolvensbehandling, må domstolen i konkursåpningsstaten prøve hvorvidt skyldneren er insolvent.

Artiklene som vedrører sekundære insolvensbehandlinger får ikke anvendelse, og behandlingen skal skje etter hovedreglene i forordningen. Fordi strukturen i forordningen i stor grad er bygget rundt åpning av en hovedinsolvensbehandling er det nødvendig å begrense åpningen av uavhengige insolvensbehandlinger, da disse vil kunne misbrukes av kreditorer til å foregripe og svekke en eventuell senere hovedinsolvensbehandling. Derfor er det i artikkel 3 nr. 4 oppstilt to alternative tilleggsvilkår for at en uavhengig insolvensbehandling kan innledes.

⁶⁰ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 85.

⁶¹ Det ligger på siden av denne oppgaven å vurdere hvorvidt den norske insolvensbehandlingen gjeldsforhandling blir betraktet som en konkurs eller restrukturering etter forordningen.

For det første kan en territoriell insolvensbehandling etter bokstav a innledes før hovedinsolvensbehandlingen hvis konkursretten i staten hvor skyldnerens COMI befinner seg ikke tillater åpning av insolvensbehandling. Dette er ikke en upraktisk situasjon, for eksempel kan det etter italiensk rett ikke åpnes konkurs hos næringsdrivende under en viss størrelse (piccoli imprenditori).⁶² Skal det kunne åpnes konkurs hos skyldnere som faller innenfor denne kategorien er det derfor avhengig av at de har forretningssted i en annen medlemsstat.

For det andre kan en slik insolvensbehandling etter bokstav b innledes dersom det kreves av en lokal kreditor. Dette er kreditorer som har bopel, sedvanlig oppholdssted eller hjemsted⁶³ i den staten hvor forretningsstedet befinner seg. Videre blir man betraktet som en lokal kreditor hvis det kravet som gjøres gjeldende overfor skyldneren har sitt utspring ved det angjeldende forretningssted.

Så lenge det ikke åpnes noen hovedinsolvensbehandling kan det åpnes uavhengige territoriale insolvensbehandlinger i flere medlemsstater parallelt. Disse vil i så fall virke uavhengig av hverandre, og forordningen inneholder ikke bestemmelser om samarbeid mellom flere slike insolvensbehandlinger.⁶⁴

Hvis det åpnes en hovedinsolvensbehandling etter at den uavhengige territoriale insolvensbehandlingen er innledet, vil den territoriale insolvensbehandlingen etter artikkel 36 i forordningen automatisk bli en sekundær insolvensbehandling. Er det en uavhengig restrukturering vil den bli gjort om til konkurs hvis bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen krever det, se artikkel 37 jf. artikkel 3 nr. 2. De reglene som er omtalt rett nedenfor om sekundære insolvensbehandlinger gjelder tilsvarende.

⁶² Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 58, Fletcher 2005 s. 375.

⁶³ I den engelske utgaven heter det "registered office" i stedet for hjemsted, og det må derfor antas at det for selskaper og andre juridiske personer er registerstaten som er avgjørende.

⁶⁴ Israël 2005 s. 293.

2.4.3 Sekundære insolvensbehandlinger

Når det åpnes en territoriell insolvensbehandling etter at det er åpnet en hovedinsolvensbehandling, vil denne være en sekundær insolvensbehandling, jf. artikkel 3 nr. 3. Det stilles ikke noen tilleggsvilkår slik som for uavhengige territoriale insolvensbehandlinger, men en sekundær insolvensbehandling kan bare være en konkurs ("likvidation"), jf. artikkel 3 nr. 3 i.f.⁶⁵ Forordningens kapittel 2 inneholder regler om sekundære insolvensbehandlinger, men det ligger på siden av denne oppgaven å redegjøre grundig for prosessen her. Reglene om opplysnings- og samarbeidsplikt gjennomgås likevel, da disse er sentrale for å forstå samspillet mellom insolvenshandlingene. I fortalen er det også fremhevet at disse reglene er nødvendige for å kunne foreta en effektiv realisasjon av bomassen.⁶⁶

Når det åpnes en sekundær insolvensbehandling er det ikke nødvendig for retten i staten der den blir åpnet å prøve hvorvidt skyldneren er insolvent. Domstolen kan nøye seg med å vise til hovedinsolvensbehandlingens vurdering av dette, jf. artikkel 27.

Samarbeidet mellom insolvenshandlingene er regulert i forordningens artikkel 31. Etter dennes nr. 1 har bobestyrerne i henholdsvis hovedinsolvensbehandling og den (eller de) sekundære insolvensbehandling en gjensidig opplysningsplikt. Denne plikten er begrenset av nasjonale regler om taushetsplikt vedrørende visse forhold.

Denne bestemmelsen er i første rekke til fordel for bobestyreren i den sekundære insolvensbehandling. Dette fordi det er bobestyreren i hovedinsolvensbehandling som regulært vil være nærmest skyldneren, og dermed ha bedre forutsetninger for å innhente relevant informasjon som så skal bringes videre.⁶⁷ Bestemmelsen omfatter all mulig informasjon som er relevant for de andre bobestyrerne, og nevner eksplisitt hvor langt

⁶⁵ Hvilke av statenes insolvensbehandlinger som kan være sekundær følger av vedlegg B, jf. artikkel 2 bokstav c.

⁶⁶ Fortalens punkt 20.

⁶⁷ Virgos/Garcimartin 2004 s. 233.

bobehandlingen har kommet og hvorvidt den nærmer seg en avslutning. I tillegg inneholder Virgos/Schmit-rapporten en liste over hva slags informasjon det forutsettes at utveksles mellom boene, og det forutsettes her at det blant annet skal utveksles informasjon vedrørende:⁶⁸

- Oversikt over skyldnerens aktiva
- Hvilke krav som har kommet inn
- Prioritering av kreditorer
- Hvordan dividende er planlagt fordelt
- Bobehandlingens fremdrift

I tillegg til opplysningsplikten har bobestyrerne i hovedinsolvensbehandlingen og de sekundære insolvensbehandlingene en samarbeidsplikt etter artikkel 31 nr. 2. I likhet med opplysningsplikten kan samarbeidsplikten begrenses av det som følger av nasjonale bestemmelser om bobestyreres rettigheter og plikter. Siden nasjonale bestemmelser skal tolkes i lys av forordningen er det ikke rom for å utnytte slike nasjonale regler for å unngå plikten til samarbeid som følger av artikkel 31.⁶⁹

Forordningen spesifiserer ikke hva samarbeidet skal bestå i, og dette er heller ikke utdypet i Virgos/Schmit-rapporten. I fortalen er det bare sagt at det bør være et tett samarbeid med utveksling av opplysninger.⁷⁰ Det er derfor i stor grad opp til de enkelte bobestyrere å avgjøre hva slags samarbeid som skal finne sted, men de er begge forpliktet til lojalt å samarbeide med den andre. Bobestyrerne kan for eksempel inngå (forpliktende eller ikke-forpliktende) avtaler vedrørende samarbeidet, som kan danne grunnlag for å gå til rettslige skritt på grunn av brudd på samarbeidsplikten.⁷¹ Forordningen inneholder ikke sanksjoner for brudd på disse pliktene, og dette er dermed opp til de nasjonale rettsystemene. EF-

⁶⁸ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 230.

⁶⁹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 234.

⁷⁰ Fortalens punkt 20.

⁷¹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 234.

domstolen har ved lignende bestemmelser i andre forordninger avgjort at de ulike medlemsstatene må sanksjonere brudd på en måte som gjør at forordningen blir effektivt etterlevd.⁷²

Til sist i artikkel 31 er det i nr. 3 bestemt at bobestyreren i en sekundær insolvensbehandling tidlig i prosessen skal gi bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen mulighet til å komme med innspill på hvordan aktivaene bør behandles. Dette sikrer at hovedinsolvensbehandlingen har mulighet til å ta vare på sentrale aktiva med tanke på en eventuell restrukturering, og at konkursboet kan selge aktiva samlet dersom dette vil gi større utbytte.⁷³ Bobestyreren i sekundær insolvensbehandling har likevel ikke en plikt til å respektere innspillene han mottar: bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen kan etter ordlyden bare ”fremsætte forslag”.⁷⁴

Hvis det er aktiva igjen etter at den sekundære insolvensbehandlingen er avsluttet, skal disse etter artikkel 35 umiddelbart overføres til bobestyreren i hovedinsolvensbehandlingen, og bli en del av denne. Denne bestemmelsen bekrefter forordningens system med én universell hovedinsolvensbehandling som har forrang fremfor de andre insolvensbehandlingene som måtte bli åpnet. De kreditorer som har fått dekket hele eller deler av sitt krav ved den sekundære insolvensbehandlingen får etter artikkel 20 nr. 2 fratrukket for dette i kravet de eventuelt har rettet mot hovedinsolvensbehandlingen.

2.5 Kort om norsk rett

Det ligger på siden av denne oppgaven å redegjøre for norsk konkursjurisdiksjon de lege lata, og det er derfor bare de grunnleggende utgangspunkter som behandles.

⁷² Israël 2005 s. 304.

⁷³ Virgos/Garcimartin 2004 s. 235.

⁷⁴ Fletcher 2005 s. 433.

Det er ikke gitt særskilte regler om norsk konkursjurisdiksjon, men det er i forarbeider og rettspraksis forutsatt at kkl. § 146 skal gis analogisk anvendelse på avgjørelsen av norsk konkursjurisdiksjon.⁷⁵ Kkl. § 146 gjelder etter sin ordlyd bare kompetansefordelingen mellom norske tingretter. Når skyldneren har registrert virksomheten i Foretaksregisteret, kan det etter kkl. § 146 første ledd første punktum åpnes konkurs her når skyldneren har sitt hovedforretningssted i Norge. Utenfor disse tilfellene kan det etter kkl. § 146 første ledd annet punktum åpnes konkurs når skyldneren har sitt alminnelige verneting i Norge etter tvistelovens regler om verneting, se tvisteloven § 4-4.

Hvis det først er innledet en insolvensbehandling i Norge, får den universell virkning. Etter dekl. § 2-2 inngår alt som tilhører skyldneren i bomassen, uavhengig av i hvilken stat aktivumet befinner seg, og norske og utenlandske kreditorer har lik rett til å melde krav i boet. Selv om konkursen er universell etter de norske reglene, vil hvorvidt universaliteten er reell bero på i hvilken utstrekning andre stater anerkjenner en norsk konkurs.

Det er ikke hjemmel for å åpne territoriell insolvensbehandling i norsk konkursrett, men dersom EFK gjennomføres i norsk rett vil det være påkrevet at det kan åpnes slik insolvensbehandling i Norge. Når det gjelder EFKs sekundære insolvensbehandlinger, inneholder artikkel 27 hjemmel for å innlede territoriell insolvensbehandling. Det er derfor ikke nødvendig med egen hjemmel i norsk konkurslovgivning for å kunne innlede slik insolvensbehandling. Med hensyn til uavhengige territoriale insolvensbehandlinger er det derimot bare forutsatt i forordningen at slike kan åpnes i medlemsstatene, se artikkel 3 nr. 2. EFK inneholder ingen hjemmel for å åpne en slik konkurs. Hvis EFK gjennomføres i norsk rett vil det derfor være nødvendig at norsk konkurslovgivning blir endret slik at det blir anledning til å innlede territoriale insolvensbehandlinger i en mellomstatlig konkurs, men det ligger utenfor denne oppgavens rammer å vurdere hvordan dette bør gjøres.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 127 og Rt. 1988 s. 1110 på s. 1116.

3 Hovedregelen om lovvalget

3.1 Innledning

Artikkel 4

Den lovgivning, der finder anvendelse

1. Medmindre andet er fastsat i denne forordning, er det konkurslovgivningen i den medlemsstat, på hvis område insolvensbehandlingen indledes, der gælder for insolvensbehandlingen og dens virkninger.

2. Lovgivningen i den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen indledes, er bestemmende for betingelserne for insolvensbehandlings indledning og afslutning samt for dens forløb.

Lovgivningen bestemmer navnlig:

(opregningen utelates av plasshensyn)

Forordningens artikkel 4 inneholder hovedregelen vedrørende lovvalg, og lar konkursåpningsstatens rett være avgjørende for både materielle og prosessuelle spørsmål. Selv om den slik sett er den viktigste regelen, vies den ikke mye plass i denne fremstillingen. Begrunnelsen for dette er at artikkel 4 bare består i en generalhenvisning til konkursåpningsstatens rett. Det er således ved å fastlegge hvor langt unntakene fra hovedregelen strekker det kan angis i hvor stor grad *lex fori concursus* får anvendelse.

I det følgende gjør jeg først rede for innholdet i EFKs regulering. *Lex fori concursus* er hovedregelen både i hovedinsolvensbehandlingen og territoriale insolvensbehandlinger, jf. artikkel 28, men hvor ikke annet er sagt er det hovedinsolvensbehandlingene som behandles i denne oppgaven. Deretter gjennomgår jeg situasjonen når insolvensbehandlingen er innledet i Norge. I denne forbindelse behandler jeg hvilke norske konkursregler som vil få anvendelse ved en mellomstatlig konkurs åpnet i Norge. Til sist

gir jeg en oversikt over situasjonen når konkursen er åpnet i en annen medlemsstat enn Norge.

3.2 Innholdet i EFK

Etter forordningens artikkel 4 er hovedregelen at det er retten i medlemsstaten der konkurs er åpnet som skal benyttes ved behandlingen (*lex fori concursus*). Artikkelen forutsetter at staten har konkursjurisdiksjon, noe som innebærer at forordningens bestemmelser om jurisdiksjon indirekte også får betydning for lovvalget. Lovvalget legges til konkursreglene i staten hvor skyldnerens COMI befinner seg, se nærmere ovenfor i kapittel 2.⁷⁶ Artikkel 4 er formulert som hovedregel-unntak. Det er dermed bare der hvor forordningen i andre artikler uttrykkelig legger lovvalget til et annet lands rett at denne hovedregelen kan fravikes.⁷⁷

Flere hensyn begrunner at *lex fori concursus* bør være hovedregelen med hensyn til lovvalg. Medlemsstatenes domstoler kan som utgangspunkt anvende sin egen materielle og prosessuelle konkursrett. Slik kan man unngå at kostnadene ved bobehandlingene øker fordi domstolene må bruke ressurser på å sette seg inn i andre medlemsstaters regulering. Skyldnerens kreditorer vil også ha bedre grunnlag for å forutberegne sin rettsstilling, og likebehandling sikres ved at alle skyldnerens kreditorer som utgangspunkt må forholde seg til de samme konkursreglene. Det er også et alminnelig akseptert prinsipp i den internasjonale insolvensrett at konkursåpningslandets rett som hovedregel får anvendelse.⁷⁸

Det er ikke meningen at konkursåpningsstatens internasjonale privatrettslige regler skal komme til anvendelse, selv om det ikke er uttrykkelig sagt i forordningens artikler eller

⁷⁶ Virgos/Garcimartin 2004 s. 72.

⁷⁷ I den danske versjonen står det ”Med mindre andet er fastsat i denne forordning (...)”, og i den engelske står det ”Save as otherwise provided in this regulation (...)”.

⁷⁸ Virgos/Garcimartin 2004 s. 72.

fortale. Forordningens lovvalgsregler innebærer bare en henvisning til nasjonale materielle og prosessuelle regler, og lovvalget avgjøres således endelig ved forordningen.⁷⁹ Man unngår dermed problemene som ville kunne oppstå ved at forordningen legger lovvalget til en stat som etter sine internasjonale privatrettslige regler la lovvalget til en annen stat (renvoi).

Hovedregelen vedrørende lovvalg gjelder både de prosessuelle og materielle spørsmål for de berørte (juridiske) personer og de berørte rettsforhold, og lex fori concursus skal fastsette alle betingelsene for en insolvensbehandlings innledning, avvikling og avslutning.⁸⁰ Det er i samsvar med allment aksepterte prinsipper i den internasjonale privatrett at prosessuelle spørsmål reguleres av lex fori.⁸¹

Det er viktig å merke seg at forordningen bare regulerer lovvalget med hensyn til de insolvensrettslige spørsmålene. Hvorvidt et krav eksisterer, og innholdet i dette, faller utenfor forordningens anvendelsesområde. Det er konkursåpningsstatens alminnelige lovvalgsregler som avgjør hvilken stats rett som regulerer kravet, og den retten dette lovvalget viser til som avgjør eksistensen og innholdet. Sett i forhold til forordningen blir således slike spørsmål prejudisielle.⁸²

I artikkel 4 nr. 1 står hovedregelen generelt formulert, mens det i dens nr. 2 bokstavene a til m er regnet opp en rekke områder hvor lex fori concursus skal legges til grunn. Dette er imidlertid ikke ment som noen uttømmende liste, men bare eksempler på områder hvor lex

⁷⁹ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 87, Wood 2007 s. 914, Fletcher 2005 s. 397, Virgos/Garcimartin 2004 s. 71, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 57.

⁸⁰ Forordningens fortale punkt 23.

⁸¹ Fletcher 2005 s. 399. Også i Norge anvender norske domstoler norsk rett for å avgjøre prosessuelle spørsmål, selv om lovvalget i er lagt til en annen stats rett med hensyn til de materielle spørsmål, se Lundgaard 2000 s. 19.

⁸² Virgos/Garcimartin 2004 s. 69.

fori concursus skal anvendes. I den danske utgaven innledes således oppregningen med ”navnlig” og i den engelske med ”in particular”.

Selv om dette bare er eksempler vil områder som er nevnt uttrykkelig i forordningen være av betydning, da dette er områder som typisk vil være underkastet lex fori concursus. Områdene som er listet opp danner utgangspunktet for tolkningen av den generelle regelen i første ledd, og vil kunne bidra til å avklare tvil om hvorvidt et område faller inn under forordningen.⁸³

Forordningen er utformet slik at hovedregelen gjelder så lenge ikke annet uttrykkelig er unntatt. Derfor må virkeområdet til unntakene i artiklene 5-15 fastlegges for å avgjøre rekkevidden av hovedregelen.⁸⁴ Det er dermed unntakene som i realiteten setter rammene for hovedregelen. Dette gjelder også de områdene som er spesifikt nevnt i artikkel 4 nr. 2, da flere av unntakene overlapper disse og begrenser deres rekkevidde.

3.3 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

Forordningens hovedregel er at lovvalget legges til lex fori concursus. Dette medfører at dersom det åpnes en konkurs i Norge er det konkursloven og dekningsloven som får anvendelse på alle sider av konkursen, også de som har en tilknytning til utlandet.

For å få en oversikt over hvilke norske regler som faller inn under lovvalgsregelen i artikkel 4, er det hensiktsmessig å foreta en gjennomgang av de mest sentrale insolvensrettslige reglene. Dette viser hvilke norske rettsregler som typisk vil komme til anvendelse ved en internasjonal konkurs åpnet i Norge etter forordningen. Gjennomgangen tar utgangspunkt i de områdene som er listet opp som typiske insolvensrettslige områder i artikkel 4 nr. 2.

⁸³ Virgos/Garcimartin 2004 s. 74.

⁸⁴ Israël 2005 s. 275.

Bokstav a

Etter bokstav a skal avgjørelsen av hvilke skyldnere som kan gjøres til gjenstand for en insolvensbehandling styres av *lex fori concursus*. Dette er et viktig utgangspunkt fordi reglene om hvem det kan innledes insolvensbehandling overfor i stor grad varierer mellom medlemsstatene.⁸⁵ Hvis en skyldner ikke kan gjøres til gjenstand for konkurs er det én av grunnene som etter artikkel 3 nr. 4 medfører at det kan åpnes en uavhengig territoriell insolvensbehandling, se punkt 2.4.2 ovenfor.

I norsk konkursrett er det ikke regulert hvem som kan være skyldner, og det kan i utgangspunktet åpnes konkurs hos ethvert personlig eller upersonlig rettssubjekt.⁸⁶ Det er verdt å merke seg reglene i deknl. kapittel 4 om beslagsretten i selskapsforhold, hvor det er bestemt at ansvarlige selskaper, kommandittselskaper og partrederier kan gjøres til gjenstand for konkurs, jf. deknl. § 4-2.⁸⁷ Dette kunne ellers være uklart på grunn av deltakernes ansvar for selskapsgjelden. Selskaper som ikke opptrer utad, sameier og enkeltpersonforetak faller utenfor deknl. § 4-1, og da denne skal tolkes antitetisk vil ikke slike rettssubjekter kunne gjøres til gjenstand for konkurs.⁸⁸

Bokstav b

Hvilke aktiva som skal gjøres til en del av konkursen er etter bokstav b underlagt konkursåpningslandets rett. De ulike medlemsstatenes regler om konkursboets beslagsrett er svært varierende. Det er derfor en sentral regel at det er *lex fori concursus* som regulerer beslagsretten.⁸⁹

⁸⁵ Fletcher 2005 s. 400, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 58.

⁸⁶ Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, Oslo 1999 s. 22.

⁸⁷ Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper nevnes ikke i deknl. kapittel 4 fordi insolvenslovgivningen forutsetter at beslagsretten i slike forhold er tilstrekkelig klar uten særskilte lovregler, se Andenæs 1999 s. 22.

⁸⁸ Andenæs 1999 s. 22-23.

⁸⁹ Fletcher 2005 s. 400, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 59.

I de tilfeller hvor en grenseoverskridende konkurs åpnes i Norge medfører dette at reglene i dekl. kapittel 2 om fordringshavernes beslagsrett i forhold til skyldneren og dekl. kapittel 3 om private beslagsforbud vil regulere hva boet kan ta beslag i. Dette har også virkning for aktiva som befinner seg i andre medlemsstater. Det samme gjelder reglene om aktiva som skyldneren erverver under konkursen, som etter norske regler i stor grad kan gjøres til en del av bomassen, jf. dekl. §§ 2-11 til 2-13.

Konkursåpningslandets rett vil i utgangspunktet også regulere beslagsretten i forhold til tredjemenn. Dermed vil alt som ”tilhører” skyldneren etter dekl. § 2-2 kunne beslaglegges av det norske konkursboet uavhengig av hvor aktivaene befinner seg. De andre statene må respektere at norske regler anvendes for å avgjøre hva som tilhører skyldneren. Det er imidlertid viktig å merke seg at en rekke av unntakene fra hovedregelen i forordningen medfører at det bare blir et utgangspunkt at beslagsretten i forhold til tredjemenn reguleres av *lex fori concursus*. Dette gjelder særlig artikkel 5 om tredjemanns ”tinglige rettigheter” og artikkel 7 om eiendomsforbehold, som begge behandles senere i denne oppgaven.

Bokstav c

I bokstav c er skyldnerens og bobehandlerens respektive beføyelser nevnt som eksempel på noe som skal avgjøres av *lex fori concursus*. Dette innebærer at når en insolvensbehandling etter forordningen er innledet her, er det norsk rett som avgjør i hvilken grad skyldneren fratas råderetten. Norsk rett avgjør også følgene av at skyldner disponerer ut over sin kompetanse, hvem som kan være bobestyrer og hvilken myndighet bobestyreren har.⁹⁰ Med hensyn til fast eiendom, skip og luftfartøy er det gjort unntak fra dette utgangspunktet i artiklene 11 og 14, behandlet nedenfor i kapittel 7.

Reglene i kkl. kapittel XI vil dermed være bestemmende for skyldnerens plikter, og for eksempel vil kkl. § 100 om skyldnerens legitimasjon også måtte legges til grunn ved domstoler i andre medlemsstater. Dette gjelder selv om handlingen er foretatt i denne staten

⁹⁰ Virgos/Garcimartin 2004 s. 75.

overfor en tredjemann som i utgangspunktet ikke har tilknytning til den norske konkursen. Videre vil eksempelvis kkl. § 77 om at bobestyreren bør være en advokat, og kkl. kapittel XIII om realisering av boets eiendeler m.v. likeledes regulere boets rettigheter og plikter.

Bokstav d

I bokstav d bestemmes det at vilkårene for motregning skal avgjøres av konkursåpningslandets rett. Som en følge av dette er det reglene om motregning i konkurs i deknl. §§ 8-1 til 8-6 som vil være bestemmende for kreditorenes rett til motregning ved en konkurs åpnet i Norge. Dette gjelder også i de tilfeller hvor kreditorenes krav etter lovvalsreglene utenfor konkurs er regulert av en annen medlemsstats rett. I forbindelse med motregning er det gjort unntak fra hovedregelen i forordningens artikkel 6.⁹¹ Dette vil i noen grad medføre at det er lettere for kreditorene å få motregnet sammenlignet med hvis det utelukkende var *lex fori concursus* som regulerte spørsmålet.⁹²

Bokstav e

Konkursåpningslandets rett skal regulere hvilke virkninger innledningen av en insolvensbehandling har på skyldnerens kontrakter. Dette medfører at reglene i deknl. kapittel 7 som hovedregel fastsetter hvordan skyldnerens kontrakter skal behandles, og at de norske reglene om konflikter mellom konkursboet og skyldnerens hjemmemenn får anvendelse. Dette vil altså gjelde selv om den annen part er utenlandsk og aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat, og gjelder også der lovvalsreglene utenfor konkurs legger lovvalget til en annen stats rett. Artiklene 8, 9 og 10 gjør unntak fra denne hovedregelen for henholdsvis avtaler vedrørende fast eiendom, betalingssystemer/finansielle markeder og arbeidsavtaler.⁹³

⁹¹ Artikkel 6 behandles ikke nærmere i denne oppgaven.

⁹² Virgos/Garcimartin 2004 s. 78.

⁹³ Artikkel 8 behandles nærmere nedenfor i kapittel 6, mens artiklene 9 og 10 ikke behandles i denne oppgaven.

Bokstav f

Lex fori concursus regulerer også i hvilken grad åpningen av en insolvensbehandling skal forhindre kreditorer fra å forfølge skyldneren individuelt, jf. artikkel 4 nr. 2 bokstav f.⁹⁴ Medlemsstatene er nokså samstemte i hvordan dette er regulert.⁹⁵ For Norges vedkommende betyr dette at når en insolvensbehandling er åpnet her, så er det de norske reglene som skal regulere i hvilken grad det kan tas utlegg. Dette gjelder også for aktiva som befinner seg i andre medlemsstater. En kreditor kan etter norske regler ikke under konkursbehandlingen ta utlegg i de av skyldnerens aktiva som ikke blir gjort til en del av konkursen, jf. dekl. § 6-7. Visse krav har likevel en utvidet adgang til utlegg som går foran forbudet, se dekl. § 2-6 fjerde ledd.⁹⁶

Bokstavene g, h og i

Disse bokstavene behandles samlet, da de sammen gir uttrykk for at konkursåpningslandets rett skal regulere alle sider ved hvilke fordringer som kan gjøres gjeldende i konkursen. Dette gjelder både anmeldelse og prøving av fordringer, prioritet mellom fordringer og hvordan en fordring skal behandles dersom den delvis er dekket. Hvorvidt det rettssystemet som regulerer fordringen utenfor konkurs (lex causae) gir den prioritet er dermed uten betydning. På samme måte vil en eventuell regel om prioritet i lex fori concursus gå foran hvis fordringen ikke er prioritert etter lex causae.⁹⁷

På grunn av muligheten til å åpne sekundære insolvensbehandlinger vil det imidlertid ofte være det lokale rettssystemet som regulerer disse spørsmålene.⁹⁸ Hvis en kreditor er prioritert etter det nasjonale rettssystemet, men mister denne i hovedinsolvensbehandlingen, vil han sannsynligvis åpne en territoriell sekundær insolvensbehandling. Da vil det etter

⁹⁴ Insolvensbehandlingens virkninger på verserende rettssaker avgjøres likevel utelukkende av retten i den medlemsstaten der saken verserer, jf. artikkel 15 som ikke vil omtales nærmere her.

⁹⁵ Virgos/Garcimartin 2004 s. 76.

⁹⁶ Visse erstatningskrav, forsørgelseskrav og skatte- og avgiftskrav.

⁹⁷ Israël 2005 s. 275-276.

⁹⁸ ibid. s. 275.

artikkel 28 jf. artikkel 4 være det lokale rettsystemet som avgjør spørsmålet om prioritet.⁹⁹ Følgen av dette er at prioriteten til den samme fordringen vil kunne være ulik i de insolvensbehandlingene som er åpnet.¹⁰⁰

Dette innebærer at reglene om fordringshavernes dividenderett i dekl. kapittel 6, prioritetsreglene i dekl. kapittel 9 og reglene om anmeldelse og prøving av fordringer i kkl. kapittel XII vil gjelde alle krav som gjøres gjeldende overfor en insolvensbehandling som er åpnet i Norge. Dette gjelder også der hvor fordringens *lex causae* er en annen medlemsstats rett.

Bokstav m

Det er konkursåpningslandets rett som avgjør hvorvidt handlinger som er til skade ”for alle kreditorerne, er ugyldige i sig selv, kan omstødes eller kan anfægtes”. I denne oppgaven er det bare omstøtelse som vil omtales siden omstøtelse er det som benyttes for å angripe kreditorskadelige handlinger etter norsk rett. Hvis en medlemsstat har andre metoder for å angripe handlinger som er til skade for kreditorfellesskapet, medfører den generelt formulerte ordlyden i bokstav m at disse også er omfattet.

At konkursåpningsstatens rett regulerer omstøtelse er også hovedregelen i flere av artiklene i forordningen hvor det er gjort unntak fra *lex fori concursus* vedrørende andre spørsmål.¹⁰¹ Dette innebærer at selv om handlingen er foretatt i en annen medlemsstat er det som hovedregel dekl. kapittel 5 som vil regulere handlingers omstøtelighet så lenge konkursen er åpnet i Norge. Dette er likevel ikke mer enn et utgangspunkt, da artikkel 13 inneholder et viktig unntak som behandles nærmere nedenfor i kapittel 8.¹⁰²

⁹⁹ En sekundær insolvensbehandling kan innledes så lenge skyldneren har et forretningssted i staten, jf. punkt 2.4.3 ovenfor.

¹⁰⁰ Virgos/Garcimartin 2004 s. 80.

¹⁰¹ Se for eksempel unntaket i artikkel 5 om ”tinglige rettigheter” hvor det i dens nr. 4 er bestemt at hovedregelen likevel skal gjelde for omstøtelse.

¹⁰² I tillegg inneholder artikkel 9 nr. 2 et unntak fra hovedreglen, men dette vil ikke behandles nærmere her.

3.4 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

Når det er innledet en hovedinsolvensbehandling i en annen medlemsstat, er det som hovedregel denne medlemsstatens rett som regulerer alle sider ved insolvensbehandlingen. For å kunne vurdere hvilken virkning den utenlandske insolvensbehandlingen vil ha på skyldnerens aktiva, må derfor konkursåpningsstatens rett undersøkes. En norsk rettsanvender må følgelig sette seg inn i den relevante statens konkursrett for å kunne avgjøre hvordan konkursen vil påvirke aktiva som befinner seg i Norge. For øvrig vises det til det som er sagt rett ovenfor om hvilke områder som reguleres av *lex fori concursus* når insolvensbehandlingen er innledet i Norge, da det er de samme områdene som vil være aktuelle i en utenlandsk konkurs.

Norsk rett vil kunne få betydning for aktiva som befinner seg her hvis forholdet faller innunder et av forordningens unntak fra hovedregelen. For eksempel får norsk rett anvendelse ved avgjørelsen av om aktiva i Norge ikke skal berøres fordi de er beskyttet av ”tinglige rettigheter” i medhold av artikkel 5.

4 Tredjemenns ”tinglige rettigheter”

4.1 Innledning

Artikkel 5

Tredjemands tinglige rettigheter

1. Indledningen af insolvensbehandlingen berører ikke en kreditors eller en tredjemands tinglige ret til fysiske eller immaterielle formuegenstande, løsøre eller fast ejendom - såvel specifikke aktiver som en række uspecifiserede aktiver under ét, der varierer fra tid til anden - som tilhører skyldneren, og som på tidspunktet for insolvensbehandlingen indledning befinder sig på en anden medlemsstats område.

2. Rettigheder efter stk. 1 er navnlig:

- a) retten til at realisere aktivet eller lade det realisere og til at lade sig fyldestgøre af provenuet eller udbyttet heraf, navnlig ved pant, herunder pant i fast ejendom
- b) eneretten til at inddrive en fordring, navnlig en ret sikret ved pant i fordringen eller ved overdragelse til sikkerhed
- c) retten til at forlange aktivet udleveret og/eller kræve erstatning af enhver, som besidder eller anvender det mod rettighedshaverens vilje
- d) den tinglige ret til at oppebære afkastet af et aktiv.

3. Retten til at opnå en tinglig rettighed som nævnt i stk. 1, som er noteret i et offentligt register, og som kan gøres gældende over for tredjemand, betragtes som en tinglig rettighed.

4. Stk. 1 forhindrer ikke søgsmål om omstødelse, ugyldighed i forhold til kreditorerne eller ugyldighed i sig selv som omhandlet i artikel 4, stk. 2, litra m).

Forordningens artikel 5 inneholder et unntak fra hovedregelen om at *lex fori concursus* skal regulere alle sider ved insolvensbehandlingen. Den bestemmer at ”tinglige rettigheter” i aktiva som befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten, ikke skal

berøres av konkursåpningen.¹⁰³ Et av de fundamentale spørsmål i en konkurssituasjon er i hvilken grad sikrede rettigheter beskyttes, og konsekvensene av ulik regulering mellom stater vil være av stor betydning. Det er ikke gitt at en rettighet som er beskyttet etter norsk materiell konkursrett vil være det etter tilsvarende utenlandsk rett.

Beskyttede rettigheter er også svært viktige for å sikre kredittgivning, og dette er sentralt for å ha et velfungerende omsetningsliv. Hvis det er knyttet usikkerhet til hvilken rett en sikret rettighet vil være underlagt ved en eventuell konkurs vil dette føre til at det blir mer kostbart å få kreditt. Kredittgiveren må da bruke ressurser på å avgjøre den sannsynlige rettstilstanden samt kreve kompensasjon for usikkerheten. Sikkerhetsretter mister følgelig mye av sitt poeng hvis deres stilling i en grenseoverskridende konkurs er uklar. Dette hensynet er også et viktig motiv for at tredjemanns ”tinglige rettigheter” er regulert særskilt i EFK, se forordningens fortales punkt 25.

I dette kapittelet gjør jeg først rede for innholdet i EFK isolert sett. Jeg vil legge særlig vekt på å tolke begrepet ”tinglige rettigheter” og hva det innebærer at slike rettigheter ikke berøres, da dette er kjernen i artikkel 5. Deretter vil jeg behandle situasjonen når det er innledet en insolvensbehandling i en annen medlemsstat, og aktivumet befinner seg i Norge. Det mest sentrale når aktivumet befinner seg i Norge er å avklare hva som skal til for at en rettighet etablert i et norsk aktivum er tredjemanns ”tinglige rett” i forordningens forstand. Hovedfokuset vil derfor være rettet mot dette.

Til sist sier jeg noe om hva norske rettsanvendere må vurdere når det er innledet insolvensbehandling i Norge og aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat. Dette vil i noen grad bare være en henvisning til utenlandsk rett. Det vesentligste er hvilke norske regler som ikke får anvendelse i en mellomstatlig konkurs fordi ”tinglige rettigheter” ikke skal berøres.

¹⁰³ Innholdet i forordningens ”tinglige rettigheter” er ikke nødvendigvis det samme som det vi tradisjonelt legger i begrepet i Norge. For å understreke dette står begrepet i anførselstegn når det er forordningen som omtales, se nærmere nedenfor i punkt 4.3.2.1.

4.2 Innholdet i EFK

4.2.1 ”Tinglige rettigheter” i EFK

Forordningen inneholder ikke en autoritativ definisjon av hva som skal regnes som ”tinglige rettigheter”¹⁰⁴. Det skulle derfor være nærliggende at man falt tilbake på hovedregelen i artikkel 4 og at det følgelig er *lex fori concursus* som avgjør dette. Dette har imidlertid ikke vært meningen, og det forutsettes i Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 100 at det er lovvalsreglene utenfor konkurs (*lex causae*) i den staten hvor saken kommer opp som skal benyttes til å avgjøre hvorvidt det er en tredjemanns ”tinglige ret”. Dette har også blitt lagt til grunn i litteraturen.¹⁰⁵ Det samme synes forutsatt i forordningens fortales punkt 25 hvoretter ”tinglige rettigheter bør (...) reguleres af lovgivningen på det sted, hvor aktiverne befinner sig”.

Uttalelsen i fortalen har sammenheng med at den alminnelige lovvalsregel for tingsrettslige spørsmål vedrørende løsøre og fast eiendom utenfor konkurs i alle medlemsstatene er *lex rei sitae*.¹⁰⁶ Dette er også hovedregelen i Norge.¹⁰⁷ *Lex rei sitae* som lovvalsregel kan enten vise til retten i staten der aktivumet befant seg da rettigheten ble stiftet (gamle *lex situs*), eller til retten i staten der aktivumet befinner seg når spørsmålet kommer opp (nye *lex situs*). Dersom aktivumet befinner seg i den staten hvor rettigheten ble stiftet byr dette ikke på problemer. Sondringen er dermed kun aktuell hvor aktivumet ved innledningen av insolvensbehandlingen befinner seg i en annen stat enn den hvor rettigheten ble stiftet.

¹⁰⁴ ”[R]ights in rem” i den engelske oversettelsen, ”Dingliche Rechte” i den tyske og tredjemanns ”sakrättsliga skydd” i den svenske.

¹⁰⁵ Bang-Pedersen 2002 s. 570, Fletcher 2005 s. 406, Virgos/Garcimartin 2004 s. 94, Israel 2005 s. 278, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 63.

¹⁰⁶ Ds 2007: 6 s. 116, Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 100 og Virgos/Garcimartin 2004 på s. 92 skriver alle at dette er den generelle regel i Europa. Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepant over landegrenser*, Bergen 2006, har på s. 406-451 en gjennomgang av reglene i Danmark, Sverige, Tyskland, Sveits, Østerrike, Italia, Spania og England som alle har *lex rei sitae* som hovedregel ved lovvalg i tredjemannskonflikter.

¹⁰⁷ Lundgaard 2000 s. 285, Konow 2006 s. 462 flg.

For norsk retts vedkommende er hovedregelen at lovvalget legges til nye lex situs både for spørsmål vedrørende rettighetens rettsvern og gyldighet.¹⁰⁸ Dette utgangspunktet kan modifiseres i tråd med den individualiserende metode hvis aktivumet har særlig sterk tilknytning til et land.¹⁰⁹ For å lette fremstillingen forutsetter jeg at aktivumet befinner seg i staten der rettigheten ble stiftet, slik at jeg ikke behandler problemene som kan oppstå når det finnes både gammel og ny lex situs.

For at artikkel 5 skal få anvendelse må tredjemanns ”tinglige ret” være etablert i et aktivum som ”tilhører skyldneren”. Hvorvidt et aktivum ”tilhører skyldneren” beror på reglene i lex fori concursus om boets beslagsrett i forhold til tredjemenn, jf. hovedregelen i artikkel 4 nr. 1 og nr. 2 bokstav b. Dersom konkursboet ikke har beslagsrett i aktivumet etter reglene i lex fori concursus vil følgelig ikke artikkel 5 bli aktuell, og tredjemenns rettigheter i aktivumet vil ikke berøres.

Det er ”tinglige rettigheter” i fysiske og immaterielle gjenstander, både løsøre og fast eiendom, som omfattes av artikkel 5 nr. 1. Bestemmelsen favner vidt, og gjelder dermed slike rettigheter i alle typer aktiva.¹¹⁰ Bestemmelsen inneholder i tillegg en setning om at bestemmelsen omfatter ”såvel spesifikke aktiver som en række uspesifiserte aktiver under ét, der varierer fra tid til annen”. Dette ble visstnok lagt til etter 1995-utkastet for å sørge for at det s.k. ”floating charge security” som er vanlig i England og Irland ble omfattet av bestemmelsen.¹¹¹

¹⁰⁸ Konow 2006 på s. 467 med hensyn til rettsvern, og siden rettsvern forutsetter gyldighet må også rettigheten være gyldig etter norske regler, se ibid. s. 473.

¹⁰⁹ Konow 2006 s. 469. Den individualiserende metode har blitt benyttet av norske domstoler hvor de ikke finner andre holdepunkter for å avgjøre lovvalget, se Lundgaard 2000 s. 91 flg.

¹¹⁰ Virgos/Garcimartin 2004 på s. 101.

¹¹¹ Fletcher 2005 s. 407, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 64. På grunn av tillegget er det også klart at det omfatter det norske driftstilbehørspantet i panteloven § 3-4 og varelagerpantet i panteloven § 3-11, som gjelder driftstilbehøret/varelageret slik det til enhver tid er sammensatt. Det samme vil gjelde factoringpant etter pantel. § 4-10. Se nærmere om forståelsen av ”tinglige rettigheter” i norsk rett i punkt 4.3.2 nedenfor.

Statene vil ikke stå helt fritt til å avgjøre hva som skal være ”tinglige rettigheter”. En for vid klassifisering vil gjøre forordningen meningsløs, da unntaket i artikkel 5 vil kunne medføre at store verdier unndras en kollektiv fordeling blant kreditorene. Dette fordi forordningen i visse tilfeller gir ”tinglige rettigheter” immunitet mot hovedinsolvensbehandlingen, og dermed svekker utgangspunktet om universalitet. Virgos/Schmit-rapporten bruker i avsnitt 102 som eksempel at det vil stride mot den logiske oppbygningen av forordningen dersom enhver rett til å kreve prioritert betaling blir klassifisert som tredjemanns ”tinglige ret” etter en medlemsstats rett, og at dette derfor ikke bør aksepteres.

For å forstå EFKs betydning av begrepet ”tinglige rettigheter” må man se hen til artikkelens andre ledd som inneholder noen eksempler på hva som menes med begrepet. Dette vil ha veiledende betydning ved avgjørelsen av om det dreier seg om tredjemanns ”tinglige ret”. Disse eksemplene vil sette visse skranker for avgjørelsen av hva som er ”tinglige rettigheter” i forhold til EFK etter nasjonal rett, ved at eksemplene innebærer at det bare er det som kan karakteriseres som typiske ”tinglige rettigheter” som får beskyttelse etter artikkel 5 nr. 1.¹¹² Det er dermed opp til medlemsstatene å avgjøre hva som er tredjemanns ”tinglige ret”, men når de skal avgjøre dette i forhold til EFK må de ta i betraktning den betydningen begrepet har i forordningen. Fortolkningen av hva som er ”tinglige rettigheter” i EFKs forstand er dermed i noen grad autonom for forordningen.¹¹³ Man må med andre ord se på realitetene, og ikke stanse ved det som – kanskje av terminologiske grunner – er klassifisert som en tinglig rettighet i intern rett.¹¹⁴

¹¹² Virgos/Garcimartin 2004 på s. 96.

¹¹³ Israël 2005 s. 278.

¹¹⁴ Bang-Pedersen opererer for eksempel med en definisjon av tinglige rettigheter som ”enhver rettighet over et bestemt aktiv”, men presiserer at denne definisjonen ikke avgjørende i forhold til EFK, se Bang-Pedersen 2002 s. 46.

En rett til å realisere aktivumet eller gjøre krav på avkastning fra det, for eksempel ved pant, bør etter artikkel 5 nr. 2 bokstav a regnes som tredjemanns ”tinglige ret” som faller inn under artikkelen. Etter bokstav b bør eneretten til å inndrive en fordring regnes som tredjemanns ”tinglige ret”. Retten til å kreve aktivumet utlevert eller kreve erstatning fra en som uberettiget benytter seg av aktivumet bør betraktes som tredjemanns ”tinglige ret” etter andre ledd bokstav c. Til sist i andre ledd står det i bokstav d at den ”tinglige ret” til å motta avkastning av et aktivum, er en rettighet som bør falle inn under bestemmelsens anvendelsesområde.

Artikkel 5 nr. 3 inneholder den eneste regelen om en rettighet som *skal* betraktes som tredjemanns ”tinglige ret” som faller inn under bestemmelsen i alle medlemsstater. Dette gjelder rettigheter (som nevnt i første ledd) som er registrert i et offentlig register og som kan gjøres gjeldende overfor tredjemenn.¹¹⁵

Ifølge Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 103 er det to kjennetegn ved ”tinglige rettigheter” i forordningens forstand. Det første er det umiddelbare forhold ”tinglige rettigheter” har til selve aktivumet uavhengig av forholdet mellom innehaveren av rettigheten og en annen, og uavhengig av om det inngår i en annen persons bo. Det andre er at den som innehar ”tinglige rettigheter” har rett til å utøve beføyelser over aktivumet, kan forfølge enhver som krenker hans rettighet og er beskyttet mot utlegg og konkurs.

Ut fra de rammene som er satt i eksemplifiseringen i EFK artikkel 5 nr. 2 og nr. 3, og definisjonen i Virgos/Schmit-rapporten, kan det utledes at det typiske for ”tinglige rettigheter” i forordningens forstand er at de er beskyttet mot kreditorekstinksjon.¹¹⁶ I den svenske utgaven av forordningen er overskriften på artikkel 5 ”Tredjemannsskydd”, og i artikkelteksten står det at den gjelder tredjemanns ”sakrättsliga skydd”. Dette taler også for

¹¹⁵ Hvordan ”offentligt register” skal forstås er forklart nedenfor i punkt 4.2.4.

¹¹⁶ Bang-Pedersen 2002 s. 569-570 omtaler dette som at det bare er ”rettigheter som er behørigt sikret mod kreditorekstinktion som omfattes”, og Fletcher 2005 s. 407 skriver at kreditorene må ha ”succeeded in perfecting their right to be treated as secured”.

at artikkel 5 bare retter seg mot rettigheter som har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Da det er *lex rei sitae* som er bestemmende for hvorvidt tredjemanns rettighet er hans ”tinglige ret” i forordningens forstand, er det reglene om hvordan man oppnår beskyttelse mot kreditorekstinksjon i staten der aktivumet befinner seg som må undersøkes for å avgjøre dette.

Det neste som avgjøres er om det med ”tinglige rettigheter” bare siktes til tredjemenns begrensede rettigheter, eller om også en overdragelse til eie omfattes. Etter ordlyden i artikkel 5 fremstår det umiddelbart som om den utelukkende gjelder tredjemenns beskyttede begrensede rettigheter, da den bare gjelder rettigheter i aktiva som ”tilhører skyldneren”. Har det skjedd en overdragelse til eie tilhører jo ikke aktivumet lenger skyldneren. Etter artikkel 4 nr. 2 bokstav b er det imidlertid *lex fori concursus* som avgjør hva som ”tilhører skyldneren”. Det kan således tenkes tilfeller hvor det har skjedd en beskyttet overdragelse til eie i staten hvor aktivumet befinner seg (*lex rei sitae*), men hvor konkursboet etter reglene i *lex fori concursus* har beslagsrett. Dette kan være et resultat av at kravene for at ervervende tredjemenn skal være beskyttet er ulikt utformet i medlemsstatene.

En kjøper av løsøre vil for eksempel kunne være beskyttet etter den norske ”interesselære” selv om løsøregjenstanden ikke er overlevert til kjøperen, mens det etter svensk rett stilles et strengere krav til overlevering for å oppnå beskyttelse. Innledes det insolvensbehandling i Sverige vil således et aktivum som befinner seg hos skyldneren anses å ”tilhøre skyldneren” etter svensk rett, selv kjøperen er beskyttet mot kreditorekstinksjon etter de norske reglene.

Hovedregelen i artikkel 4 gjelder så lenge det ikke er gjort unntak i artiklene 5-15, og forholdet til ervervende tredjemenn er ikke behandlet i noen av de andre artiklene.¹¹⁷ Hvis

¹¹⁷ EFK artikkel 7 nr. 2 gjelder overdragelse til eie når det er tatt et eiendomsforbehold og eiendomsforbeholdet utvider konkursboets beslagsrett, og har således begrenset rekkevidde, se punkt 5.3 nedenfor.

overdragelse til eie faller utenfor artikkel 5 vil resultatet være at det utelukkende er konkursåpningslandets rett som regulerer konkursboets beslagsrett i forhold til ervervende tredjemenn.

Eksemplifiseringen i artikkel 5 nr. 2 fremstår som om den primært tar sikte på tredjemenns begrensede rettigheter (typisk pant). Den passer samtidig med en situasjon hvor det har skjedd en overdragelse til eie, da en eier vil kunne utøve alle de beføyelsene som er nevnt i bestemmelsen. Eksemplenes utforming kan ha sammenheng med at beskyttelse av långivningen var det viktigste hensynet ved utformingen av artikkel 5, se fortalens punkt 25. Disse eksemplene er uansett ikke ment å være utømmende definisjon av de karakteristika som ligger til ”tinglige rettigheter”, da eksemplene innledes med ordet ”navnlig” i den danske utgaven og ”in particular” i den engelske.

I teorien er det også nærmest utelukkende begrensede rettigheter (særlig sikkerhetsretter som pant) som er omtalt i forbindelse med definisjonen av ”tinglige rettigheter” i artikkel 5.¹¹⁸ Dette er noe underlig, men kan skyldes at det primære hensynet ved utformingen av forordningen var insolvens hos store multinasjonale selskaper. Dette er de vanligste skyldnerne ved en grenseoverskridende konkurs, og i forbindelse med en slik konkurs er sikkerhetsretter det mest praktiske. Videre er forordningen i teorien behandlet på et overordnet plan, det vil si uten å anvendes på statenes materielle konkursrett. Det kan tenkes at problemene som oppstår ved at statene gir en overdragelse til eie beskyttelse mot kreditorekstinksjon på ulike tidspunkter ikke påkaller oppmerksomheten før forordningen sees i forhold til en stats faktiske konkursregler.

Etter min mening bør ”tinglige rettigheter” i artikkel 5 fortolkes slik at den også omfatter tredjemanns beskyttede rett når det har skjedd en overdragelse til eie. Kreditorekstinksjon

¹¹⁸ Både Fletcher 2005, Virgos/Garcimartin 2004, Israël 2005 og Moss/Fletcher/Isaacs 2009 begrenser seg til å omtale tredjemenns sikkerhetsretter. Wood 2007 synes imidlertid å anta at artikkel 5 også gjelder overdragelse til eie, og skriver på s. 923 at ”[a]part from the specific examples given in art 5(2) (...) the rights in rem should also include sales of any asset (...)”.

forutsetter da *både* at boet har beslagsrett etter *lex fori concursus* og at tredjemann ikke har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon etter *lex rei sitae*. Alternativet er utelukkende å la det være *lex fori concursus* som regulerer tredjemanns rettstilling når det har skjedd en overdragelse til eie. Konsekvensen av en slik regulering er at kjøpere ikke kan innrette seg etter det som kreves for å oppnå beskyttelse i staten hvor transaksjonen skjer, fordi statene har ulike krav til hva som må gjøres for å være beskyttet mot kreditorekstinksjon (jf. eksempelet om norsk og svensk rett ovenfor). En slik tolkning kan gi svært urimelig utslag hvis det viser seg at selger har COMI i en stat som stiller strengere krav til beskyttelse mot kreditorekstinksjon enn det som kreves i staten der salget har skjedd. Det utenlandske boet vil etter en slik tolkning kunne ekstingvere aktivumet på tross av at kjøper har iaktatt sikringsakten etter nasjonale regler. Dette har neppe vært tilsiktet ved utformingen av forordningen.

Bang-Pedersen synes å tolke ”tinglige rettigheter” på samme måte i sin doktoravhandling, selv om han ikke uttrykkelig tar stilling til spørsmålet om artikkel 5 også omfatter overdragelse til eie.¹¹⁹ Han skriver at hovedregelen vedrørende kreditorekstinksjon følger av EFK artikkel 4, men at det gjøres unntak for tredjemenns ”tinglige rettigheter” i artikkel 5. Som eksempel bruker han at en kjøper av dansk løsøre som har fått beskyttelse for sitt erverv etter de danske reglene om individualisering, vil være sikret mot kreditorekstinksjon uavhengig av om kravene for beskyttelse i konkursåpningsstaten er oppfylt.¹²⁰ For at det ikke skal kunne ekstingveres overfor en dansk kjøper i et slikt tilfelle må artikkel 5 tolkes slik at den også omfatter overdragelse til eie, og dette synet ble bekreftet av professor Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen i e-post av 10. juni 2009.

Min konklusjon er at ”tinglige rettigheter” i artikkel 5 skal forstås slik at den omfatter tredjemenns rettigheter som er beskyttet mot kreditorekstinksjon, uavhengig av om dette er en begrenset rettighet eller om det har skjedd en overdragelse til eie.

¹¹⁹ Bang-Pedersen 2002 kapittel IX punkt 6.1.4.

¹²⁰ *ibid.* s. 571.

4.2.2 Rettigheten skal ikke berøres

4.2.2.1 *Generelt*

Etter artikkel 5 nr. 1 berøres ikke en kreditors (eller annen tredjemanns) ”tinglige ret” i et aktivum av at en insolvensbehandling innledes i en medlemsstat, såfremt aktivumet tilhører skyldneren og ved insolvensbehandlingens innledning befinner seg i en annen medlemsstat enn den som innledet behandlingen. Denne regelen må sees i lys av hovedregelen etter artikkel 3 nr. 1 der alle aktiva som befinner seg i medlemsstater inngår i insolvensbehandlingen,¹²¹ og således at aktivumet som sådan i utgangspunktet skal inkluderes. Regelen er et unntak fra hovedregelen i artikkel 4 om at det er *lex fori concursus* som skal anvendes ved alle sider av insolvensbehandlingen.

Regelen i EFK artikkel 5 kan kalles en uekte lovvalgsregel eller en negativ lovvalgsregel,¹²² da regelen ikke er en tradisjonell lovvalgsregel og har fellestrekk med en materiell konkursregel. Artikkel 5 er en lovvalgsregel i den forstand at den lar *lex rei sitae* være avgjørende for hva som er tredjemanns ”tinglige ret” og som dermed er beskyttet mot kreditorekstinksjon. Den er likevel en materiell regel da den bestemmer at tredjemanns ”tinglige ret” ikke på noen måte skal berøres av konkursåpningen.

Regelen i artikkel 5 innebærer at rettigheter som er beskyttet etter *lex rei sitae* ikke skal berøres av konkursåpningen. Dette medfører at boet ikke kan ta beslag i aktivumet når det har skjedd en overdragelse til eie. Tredjemanns ”tinglige ret” er i et slikt tilfelle det som (noe upresist) kan omtales som eiendomsretten til aktivumet. Boet vil derfor ikke kunne ta beslag i aktivumet uten å berøre tredjemanns rett. Heller ikke når tredjemanns ”tinglige ret” er en begrenset rettighet i aktivumet kan boet ta beslag i selve rettigheten. Boets beslagsrett til selve aktivumet vil imidlertid ikke være avskåret i den grad rettigheten ikke krenkes, da aktivumet fortsatt tilhører skyldneren både etter *lex fori concursus* og *lex rei sitae*.

¹²¹ Den er universell med mindre det åpnes en sekundær insolvensbehandling.

¹²² Se henholdsvis Ds 2007: 6 på s. 115 og Virgos/Garcimartin 2004 på s. 104.

Det kan skade kreditorfellesskapet å etablere ”tinglige rettigheter”, og en eventuell omstøtelse reguleres av loven i det landet hvor insolvensbehandlingen er innledet (lex fori concursus), se artikkel 5 nr.4 som henviser til hovedregelen i artikkel 4 nr. 2 bokstav m. I utgangspunktet skal man derfor vurdere hvorvidt en stiftelse av ”tinglige rettigheter” er omstøtelig etter den materielle konkursretten i staten hvor konkursen er åpnet. Det er imidlertid viktig å merke seg at dette unntaket fra lovvalgsregelen i artikkel 5 vil falle annerledes ut dersom den som sitter med den ”tinglige ret” kan godtgjøre at omstendighetene i artikkel 13 er til stede, slik at lex fori concursus ikke får anvendelse.¹²³ Artikkel 13 medfører at dersom tredjemannen kan bevise at rettigheten er underlagt en annen medlemsstats rett, og denne retten beskytter rettigheten, kan rettigheten likevel ikke angripes etter lex fori concursus.

Ingen av medlemsstatenes konkurslovgivning inneholder så vidt vites regler som ved konkursåpning endrer tredjemanns rettstilling når det har skjedd en beskyttet overdragelse til eie. Vedrørende overdragelse til eie vil derfor ikke regelen i artikkel 5 om at rettigheten ikke skal berøres medføre mer enn det som allerede følger av statenes konkurslovgivning. Når det gjelder begrensede rettigheter inneholder statenes konkurslovgivning imidlertid en rekke regler som ved konkursåpning griper inn i tredjemanns rett selv om den er beskyttet.¹²⁴ Spørsmålet er videre hvilken konsekvens det har for anvendelsen av slike regler at rettigheten ikke skal berøres etter artikkel 5.

Når tredjemanns ”tinglige ret” er en begrenset rettighet kan selve aktivumet altså inngå i insolvensbehandlingen. Bobestyreren kan likevel ikke foreta seg noe som krenker tredjemannens ”tinglige ret” uten hans samtykke, og rettighetshaveren beholder sin rett til å realisere m.v. aktivumet.¹²⁵ Artikkel 5 bestemmer at rettigheten ikke skal berøres, og dette

¹²³ Se nærmere om artikkel 13 i kapittel 8 nedenfor.

¹²⁴ Se for eksempel de norske reglene om legalpant for boomkostninger, konkursboets salg av aktivumet med utsluttende virkning for udekkede heftelser og sperrefrist for realisering av pantlover omtalt i punkt 4.4.3 nedenfor.

¹²⁵ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 95, Fletcher 2005 s. 403, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 61.

medfører for det første at insolvensrettslige regler i *lex fori concursus* som på noen måte griper inn i tredjemanns ”tinglige ret” ikke kan anvendes av konkursboet. Konsekvensen blir for det andre at konkursboet heller ikke kan benytte seg av konkursregler som på noen måte berører tredjemanns beskyttede rettighet når dette er hjemlet i *både* *lex fori concursus* og *lex rei sitae*. Dermed blir rettigheten immun mot insolvensbehandlingen.¹²⁶

Det kan umiddelbart fremstå som en urimelig regel at ”tinglige rettigheter” er immune, da den sikrede kreditoren vil få videre rettigheter enn det som følger av reglene i de to statene konkursen kan sies å ha tilknytning til. Denne urimeligheten avhjelpes i stor grad av at det etter forordningen kan åpnes sekundære insolvensbehandlinger i stater hvor skyldneren har forretningssted, se punkt 2.4 ovenfor, og at spørsmål om omstøtelse faller utenfor virkeområdet til artikkel 5. Den eneste måten en tredjemanns ”tinglige ret” i et aktivum som befinner seg i en annen medlemsstat etter forordningen kan berøres av en konkurs, er å åpne en sekundær insolvensbehandling.¹²⁷ Hvis det kan åpnes en sekundær insolvensbehandling i staten hvor aktivumet befinner seg, vil *lex fori concursus* og *lex rei sitae* falle sammen, og regler i *lex rei sitae* (nå også *lex fori concursus*) som berører ”tinglige rettigheter” vil dermed kunne komme til anvendelse. Hvis *lex rei sitae* for eksempel inneholder regler om legalpant for boomkostninger i skyldnerens pantebeheftede eiendeler, vil åpning av en sekundær insolvensbehandling medføre at disse kan anvendes av konkursboet.

Dersom skyldneren ikke har et forretningssted i staten hvor aktivumet befinner seg er konsekvensen at den ”tinglige ret” er fullstendig immun mot virkningene av at det er åpnet konkurs. Dette medfører imidlertid ikke at konkursboet er avskåret fra å gå til et alminnelig sivil søksmål om spørsmål som vedrører den ”tinglige ret”, da artikkel 5 bare bestemmer at innledningen av insolvensbehandling ikke skal berøre rettigheten. Konkursboet vil regulært tre inn i skyldnerens sted med hensyn til rettigheter og forpliktelser som er oppstått før konkursen, og vil ha de samme rettighetene som skyldneren hadde før konkursåpning. Det

¹²⁶ Virgos/Garcimartin 2004 s. 93.

¹²⁷ Se Israël 2005 s. 179 og Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 98.

er ikke slik at artikkel 5 gir tredjemannen større rettigheter enn han har utenfor konkurs,¹²⁸ og de materielle reglene som regulerer slike rettigheter utenfor konkurs (for eksempel om opptrinn, opplåning m.v.) vil derfor kunne benyttes.

Ved begrensede rettigheter er det bare er tredjemanns ”tinglige ret” som ikke kan berøres, og ikke aktivumet som sådant. Derfor kan konkursboet innfri tredjemannens beskyttede krav, og således unngå at aktivumet mister verdi fordi realiseringen av det utsettes.¹²⁹ Det har vært hevdet at det bare er selve rettigheten som ikke berøres, og at det underliggende kravet kan prøves etter reglene i *lex fori concursus*. Dette er ikke et holdbart standpunkt, da denne fortolkningen innebærer at formålet med artikkel 5 blir borte, all den tid en ”tinglig ret” ikke har noen verdi uavhengig av det underliggende kravet.¹³⁰

En annen konsekvens av at det er den ”tinglige ret” som ikke skal berøres, og ikke aktivumet som sådant er at dersom aktivumets verdi overstiger det som rettigheten beskytter, skal det overskytende inngå i hovedinsolvensbehandlingen.¹³¹ Dette vil være viktig for konkursboet hvor det ikke er anledning til å åpne en sekundær insolvensbehandling, se fortalens punkt 25.

Reguleringen i artikkel 5 medfører etter dette for det første at boet ikke kan ta beslag i rettigheten, og for det andre at heller ikke andre regler som på noen måte stiller tredjemann dårligere enn han ville stått utenfor konkurs, kan anvendes i hovedinsolvensbehandlingen.

4.2.2.2 *Kritikk*

Etter den fortolkning av artikkel 5 som det er gjort rede for ovenfor vil ”tinglige rettigheter” i visse tilfeller få en immunitet som umiddelbart kan fremstå som urimelig.

¹²⁸ Virgos/Garcimartin 2004 på s. 98.

¹²⁹ *ibid.* s. 107.

¹³⁰ *ibid.* s. 104 med videre henvisninger.

¹³¹ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 99.

Regelen vil ikke gi seg utslag i resultater som i betydelig grad er ulike det som ville fulgt av en anvendelse av norske materielle regler dersom aktivumet befinner seg i Norge. Dette fordi vi i liten grad har regler som berører en tredjemanns rettighet som er beskyttet mot kreditorekstinksjon.¹³² Etter for eksempel fransk rett vil derimot immuniteten kunne gi resultater som avviker vesentlig fra det som ville fulgt av franske regler, da det i Frankrike er regler som fratar sikrede kreditorers deres rettigheter ved såkalt *redressement judiciaire* til fordel for skyldneren og hans restrukturering.¹³³

Et argument mot den løsningen som er valgt er at en lovvalgsregel som legger lovvalget til den statens rett som ellers ville regulert rettigheten (*lex causae* som normalt er *lex rei sitae*) ville vært tilstrekkelig forutseelig og enkel til at den ikke ville svekket kredittgivningen ved økte kostnader.¹³⁴ En regel som legger lovvalget til *lex rei sitae* ville avhjulpet at ”tinglige rettigheter” blir immune mot en insolvensbehandling åpnet i en annen medlemsstat enn den aktivumet befinner seg i. I forordningens artikkel 8 vedrørende avtaler om fast eiendom er lovvalget lagt til det land hvor den faste eiendommen ligger (*lex rei sitae*), og det er dermed ikke slik at konsipistene bak forordningen prinsipielt var kritiske til en slik løsning. Denne løsningen ville kunne tilfredsstille tredjemannens behov for å forutberegne sin rettstilling, da han bare vil måtte forholde seg til loven i det landet hvor aktivumet befinner seg. Å legge lovvalget til *lex rei sitae* hadde bred støtte,¹³⁵ uten at det skjedde endringer fra 1995-utkastet til den endelige forordningen.¹³⁶

Enkelte juridiske forfattere har, på grunn av de urimelige resultatene artikkel 5 kan føre til, tatt til orde for alternative fortolkninger av bestemmelsen. Disse er gjengitt i Virgos/Garcimartin 2004 s. 106-107, og ble alle lansert før forordningen trådte i kraft, og dermed på bakgrunn av 1995-utkastet. Derfor gis det her bare en

¹³² Se nærmere i punkt 4.4.3 nedenfor.

¹³³ Manfred Balz, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings”, *American Bankruptcy Law Journal*, 1996 s. 485-531 (s. 509).

¹³⁴ Israël 2005 s. 280.

¹³⁵ Se Virgos/Garcimartin 2004 på s. 105 med videre henvisninger.

¹³⁶ Ifølge Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 97 ble alternative løsninger diskutert, men forkastet, under arbeidet med 1995-utkastet.

kort oppsummering på bakgrunn av fremstillingen i Virgos/Garcimartin 2004: For det første er artikkel 5 tolket slik at rekkevidden er begrenset til å gjelde de tilfeller som gjelder konkurs, og ikke restrukturering som er en vanlig insolvensbehandling i en rekke stater. Denne fortolkningen forsvares med at det ved restrukturering er et mål at skyldneren skal kunne fortsette sin virksomhet, og at da å la en rekke aktiva være unntatt behandlingen vil kunne forhindre dette med negativ virkning for de øvrige kreditorer. For det andre er artikkel 5 sin til dels motstridende og ikke-materielle karakter tatt til inntekt for å tolke den innskrenkende når både *lex fori concursus* og *lex rei sitae* gir rom for at den ”tinglige ret” kan bli berørt. For det tredje er ”forretningssted” i artikkel 3 nr. 2 tolket utvidende slik at det skal mindre til for å åpne en sekundær insolvensbehandling. Dermed vil ”tinglige rettigheter” kunne angripes under denne behandlingen. Endelig er det foretatt en bokstavelig fortolkning av artikkel 5, hvor formuleringen om at ”[i]nnledningen af insolvensbehandlingen” ikke skal berøre tredjemanns ”tinglige rettigheter” er tolket dit hen at dette bare skal gjelde ved selve avgjørelsen om innledningen. En antitetisk fortolkning av dette vil da medføre at ”tinglige rettigheter” kan berøres av avgjørelser tatt etter innledningen, for eksempel en avgjørelse om å utsette tredjemanns rett til å realisere aktivumet.

Det er flere hensyn som taler for at artikkel 5 bør forstås slik at ”tinglige rettigheter” er immune selv om immuniteten i enkelte tilfeller kan medføre resultater som er urimelige. I Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 97 er det fremhevet at hensynet til å forenkle bobehandlingen er begrunnelsen for at reguleringen i forordningen i visse tilfeller medfører at tredjemanns ”tinglige ret” blir immun. Reguleringen vil dermed medføre at kostnadene ved bobehandlingen reduseres. Ulike former for sikkerhetsretter er svært viktige for kredittgivning, og dermed for omsetningslivet. En regulering som er enkel og ikke knytter usikkerhet til hvilket lands rett som vil regulere tredjemanns rettighet vil dermed også kunne forhindre at kostnadene ved å gi kreditt vil øke.

Videre har man mulighet til å åpne en sekundær insolvensbehandling i staten hvor aktivumet befinner seg hvis skyldneren har et forretningssted der. Dette vil ofte medføre at konkursboet likevel har anledning til å berøre ”tinglige rettigheter”. Spørsmål om omstøtelse faller også utenfor virkeområdet til artikkel 5 etter dens nr. 4. Disse to mulighetene vil samlet medføre at det er nokså sjeldent at det overhodet ikke er mulighet til å berøre tredjemanns ”tinglige ret”.¹³⁷ Det fremgår klart av Virgos/Schmit-rapportens

¹³⁷ Virgos/Garcimartin 2004 på s. 107-108.

avsnitt 95 og 97 at artikkel 5 skal forstås slik at ”tinglige rettigheter” overhodet ikke berøres, og dette ble således forutsatt ved forordningens tilblivelse slik at de andre lovvalsreglene er utformet under denne forutsetning. På bakgrunn av dette bør artikkel 5 etter mitt syn forstås slik at ”tinglige rettigheter” i aktiva som befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten overhodet ikke kan berøres av konkursåpningen.

4.2.3 Tidspunktet for etablering av ”tinglige rettigheter”

Forordningens artikkel 5 får bare anvendelse på ”tinglige rettigheter” som er etablert før tidspunktet for insolvensbehandlingens innledning. Slik ”tinglige rettigheter” bør forstås i EFKs forstand medfører dette at rettigheten må være behørig sikret mot kreditorekstinksjon innen dette tidspunktet. Er ikke tredjemanns ”tinglige ret” etablert før insolvensbehandlingens innledning reguleres forholdet av *lex fori concursus* etter hovedregelen i artikkel 4.

Skjæringstidspunktet er altså tidspunktet for insolvensbehandlingens innledning, og det er gitt en legaldefinisjon av dette uttrykket i forordningens artikkel 2 bokstav f. Etter denne er det avgjørende tidspunkt når insolvensbehandlingen får virkning i staten hvor den er innledet, uavhengig av om avgjørelsen er endelig.

I Norge er tidspunktet for konkursåpningen det tidspunkt retten har avsagt kjennelse om åpning av konkurs, jf dekningsloven § 1-4 tredje ledd. Da en eventuell anke over kjennelsen ikke gis oppsettende virkning, jf konkursloven § 72 andre ledd, er tidspunktet for konkursskjennelsen det avgjørende etter EFK.

4.2.4 Aktivumets situs

Det er krav om at aktivumet ”befinder sig på en anden medlemsstats område” for at en tredjemanns ”tinglige ret” stiftet i aktivumet ikke skal berøres, og det må derfor avgjøres i hvilke situasjoner de ulike typer aktiva befinner seg i en annen medlemsstat. Befinner aktivumet seg ved insolvensbehandlingens innledning på konkursåpningsstatens territorium

regulerer denne statens konkursrett alle spørsmål vedrørende aktivumet, også spørsmål knyttet til ”tinglige rettigheter”. Tidspunktet for *når* aktivumet må befinne seg i en annen medlemsstat er det samme som rett ovenfor i punkt 4.2.3.

Artikkel 2 bokstav g inneholder en legaldefinisjon av hva som menes med ”Medlemsstat, i hvilken en formuegenstand befinner seg”. Dette begrepet skal forstås autonomt for forordningen, og er en ensartet regel som innebærer at avgjørelsen av hvor aktiva befinner seg skjer likt i alle medlemsstater. Bestemmelsen inneholder tre strekpunkter: (1) for fysiske gjenstander er det den medlemsstat der aktivumet befinner seg, (2) for aktiva og rettigheter (både eiendomsrett og andre rettigheter som for eksempel pant) som skal registreres i et ”offentligt register” er det registerstaten og (3) for fordringer er det den medlemsstat hvor debitor har sine hovedinteresser.¹³⁸

(1) Etter det første strekpunktet befinner fysiske gjenstander seg i den medlemsstaten der de faktisk er ved insolvensbehandlings innledning. Dette er en naturlig regel, og det vil regulært være uproblematisk å avgjøre hvor dette er. Den fysiske beliggenheten er så vidt vites det avgjørende ved anvendelsen av den alminnelige lovvalgsregelen utenfor konkurs i alle de berørte land.¹³⁹ For gjenstander som er under transport, kan det likevel oppstå problemer, siden hvilken stat et aktivum under transport befinner seg i på konkursåpningstidspunktet er tilfeldig og ikke innebærer en tilknytning som bør ha betydning.¹⁴⁰ Forordningen regulerer ikke dette, men da en konkursåpning etter forordningen i utgangspunktet er universell, jf. EFK artikkel 3 nr. 1, og hovedregelen med hensyn til lovvalg er *lex fori concursus*, jf. EFK artikkel 4, taler dette samlet sett for at det er konkursåpningsstatens regler om hvor en gjenstand under transport skal anses å befinne seg, som blir avgjørende for hvor aktivumet befinner seg i relasjon til forordningen.

¹³⁸ Altså COMI som reguleres av artikkel 3 nr. 1.

¹³⁹ Se Ds 2007: 6 på s. 116.

¹⁴⁰ Virgos/Garcimartin 2004 på s. 165.

(2) Det andre strekpunktet gjør et unntak fra utgangspunktet om at gjenstanders fysiske beliggenhet er avgjørende når det gjelder aktiva og rettigheter som skal registreres i et ”offentligt register”¹⁴¹. Den bestemmer at registrerbare aktiva (fiktivt) skal anses for å befinne seg i registerstaten.¹⁴² Fysiske gjenstander som for eksempel skip og luftfartøy inkluderes, og også immaterielle aktiva som patenter og verdipapirer hører med. At det må være et ”offentligt register” betyr ikke at det er nødvendig at registeret føres av offentlig myndighet, men det må være et register som er tilgjengelig for allmennheten og som har virkning overfor tredjemenn.¹⁴³ Private registre som oppfyller disse kriteriene må altså regnes med i uttrykket ”offentligt register”, men registre som er fullstendig private, for eksempel bankkonti og forvalteres registrering av klienters investeringer, faller utenfor definisjonen.¹⁴⁴

Eksempel: Det er innledet en hovedinsolvensbehandling i Frankrike, og skyldneren har et skip som er registrert i det norske skipsregisteret. På konkursåpningstidspunktet befinner skipet seg i en fransk havn, og fysisk befinner det seg således i konkursåpningsstaten. Det andre strekpunktet i artikkel 2 bokstav g lar registerstaten være avgjørende for registrerbare aktiva, og dermed vil en tredjemanns panterett i skipet kunne være beskyttet etter artikkel 5 om ”tinglige rettigheter”, da skipet etter forordningen skal anses for å befinne seg i Norge.

(3) Vedrørende fordringer er det uten betydning hvor fordringen skal oppfylles, eller hvorvidt partene har avtalt at den skal være underlagt en bestemt stats rett. Det tredje strekpunktet i artikkel 2 bokstav g bestemmer at fordringer alltid skal anses for å befinne seg i medlemsstaten der debitor for skyldnerens fordring (debitor cessus) har sine

¹⁴¹ ”[P]ublic register” i den engelske versjonen.

¹⁴² Bang-Pedersen 2002 s. 624.

¹⁴³ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 69. Fast eiendom omfattes også, men her vil registerstaten sammenfalle med staten eiendommen befinner seg i.

¹⁴⁴ Wood 2007 på s. 921.

hovedinteresser (COMI). Dette avviker fra det som ellers er hovedregelen i internasjonal privatrett, både i Norge og EU-land.¹⁴⁵

Eksempel: Hvis en engelsk skyldner har en fordring på en tysk bank (banken har COMI i Tyskland) som bare er utbetalbar ved bankens Londonfilial, vil fordringen anses å befinne seg i Tyskland etter EFK artikkel 2 bokstav g. I den engelske hovedinsolvensbehandlingen vil dermed artikkel 5 kunne få anvendelse på tredjemenns ”tinglige rettigheter” i fordringen, fordi den ikke befinner seg i konkursåpningsstaten. Wood 2007 skriver på s. 921 at forordningen må forstås etter sin ordlyd, slik at fordringen anses å befinne seg i Tyskland i eksempelet. Virgos/Garcimartin 2004 hevder imidlertid på s. 168 at på grunn av bankers og lignende institusjoners spesielle struktur må hver filial anses som en selvstendig enhet, og at fordringen derfor bør befinne seg ved filialen og ikke der hvor banken har sine hovedinteresser. Etter mitt syn er ikke slike hensyn tilstrekkelige til å fravike forordningens klare ordlyd, men spørsmålet må anses åpent i den forstand at det ikke har blitt behandlet av en domstol.

Dersom aktivumet befinner seg i en annen stat enn en medlemsstat blir det opp til konkursåpningsstatens alminnelige insolvensrettslige lovvalgsreglene (og de andre nasjonale reglene om internasjonale rettsforhold) å avgjøre hvorvidt en eventuell beskyttelse i en tredjestat skal respekteres.¹⁴⁶ Medlemsstatene er bare bundet av reguleringen i EFK når aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat.

4.3 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

4.3.1 Generelt

I dette kapittelet er situasjonen at det er innledet en hovedinsolvensbehandling i en annen medlemsstat, og det befinner seg et aktivum i Norge det er stiftet en rettighet i. Jeg vil i det følgende først vurdere hva som skal til for at en rettighet i et norsk aktivum skal falle inn

¹⁴⁵ For det første respekteres gjennomgående partsautonomien, se Rom-konvensjonen av 19. juni 1980 artikkel 3 nr. 1 og Lundgaard 2000 s. 231 flg., og for det andre er det en alminnelig regel i den internasjonale privatrett at fordringer befinner seg der de skal oppfylles, se Wood 2007 s. 922.

¹⁴⁶ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 93, Fletcher 2005 s. 404, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 61.

under forordningens ”tinglige rettigheder”. For å gjøre dette vil jeg først si noe generelt om det tradisjonelle synet på tinglige rettigheter i norsk rett, før innholdet av forordningens begrep vurderes konkret. Til sist vil jeg si noe om hva det innebærer at tredjemanns ”tinglige ret” ikke skal berøres.

4.3.2 ”Tinglige rettigheder” i Norge

4.3.2.1 *Det norske synet på tinglige rettigheter*

Vi har i vår rettstradisjon beveget oss bort fra å tillegge et forhold rettsvirkninger avhengig av om det blir definert som å være en tinglig eller obligatorisk rettighet. Den skandinaviske holdningen har vært å benytte rettighetsbegrepet som et koblingsord. Rettsvirkningene kan altså variere fra situasjon til situasjon, uten at man kan utlede bestemte rettsvirkninger bare på grunnlag av hvilken merkelapp man har satt på rettigheten. Eckhoff omtaler dette slik at rettighetsbetegnelsene ”tjener som koblingssentral for regelfragmenter”.¹⁴⁷

Norske jurister som skal anvende forordningen vil nok stanse opp ved dens bruk av begrepene ”tinglige rettigheder” i artikkel 5 og ”ejendomsforbehold” i artikkel 7. I andre europeiske rettsystemer er sontringen mellom obligatoriske og tinglige rettigheter fortsatt sentral, og dette er grunnen til at EFK inneholder en egen bestemmelse om tredjemanns ”tinglige rettigheder”. Også regelen i artikkel 7 om eiendomsforbehold bærer preg av å være utformet på bakgrunn av et annet rettighetsbegrep enn det vi kjenner fra den norsk/danske tradisjon. En kort historisk bakgrunn for den norsk/danske tradisjon sammenlignet med den kontinentale vil være til hjelp for å forstå tinglige rettigheters stilling i norsk rett, og hvorfor forordningens bruk av begrepet ikke må sammenblandes med det vi tradisjonelt har lagt i det. Det vil også være nødvendig å ha en forståelse for de to ulike synsmåtene for å forstå hvordan artikkel 7, omtalt i kapittel 5 nedenfor, bør forstås i forhold til norsk rett.

¹⁴⁷ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s. 49.

På slutten av 1800-tallet ble det i nordisk, og især dansk, rettsteori fremsatt kritikk mot den da tradisjonelle oppfatningen om at det var en sammenheng mellom en rettighets innhold og dens beskyttelse.¹⁴⁸ Dette ble først angrepet slik at man forsøkte å opprettholde den gamle lære ved å sette et annet ord på rettigheten hvor innholdet ikke stemte overens med beskyttelsen. Senere forlot man standpunktet under henvisning til at det ikke var annet enn en ”leg med ord for at redde et postulat”.¹⁴⁹ Det var særlig den danske rettsvitenskapsmann Alf Ross som tok til orde for dette,¹⁵⁰ og hans synspunkter kom til den norske rettsvitenskapen gjennom standardverket Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964. Kjernen i denne utviklingen var at hvor man tidligere anså eiendomsretten som en ”substans” man kunne utlede visse rettsvirkninger fra, skulle man nå se på eiendomsretten som en samling av funksjoner hvor ikke én kan sies å være den avgjørende for hvem som har eiendomsretten.

Med tinglige rettigheter menes tradisjonelt de rettigheter som har beskyttelse mot alle. Dette står i motsetning til de obligatoriske rettigheter som bare har betydning i forholdet mellom de involverte parter.¹⁵¹ Tinglige rettigheter er et nokså uklart begrep i norsk rett, og hva som er tinglige og obligatoriske rettigheter glir i noen grad over i hverandre.¹⁵² I den norsk-danske rettstradisjonen har det derfor blitt vanlig å ikke trekke det prinsipielle skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter generelt, og ikke la hvilken type rettighet det er tale om være bestemmende for rettsvirkningene. Man har heller sett på rettigheten som et

¹⁴⁸ Utviklingen begynte med Carl Ussing i Løsøres Overdragelse i (danske) TfR 1890 s. 181 flg. Senere arbeidet særlig Carl Torp og Frederik Vinding Kruse med problemstillingen.

¹⁴⁹ Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, København 1953 s. 232.

¹⁵⁰ Se særlig Alf Ross, *Ejendomsret og ejendomsovergang*, København 1935 kapittel XIII og Ross 1953 kapitlene VI og VII.

¹⁵¹ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave, Oslo 2007 s. 30 og Ross 1953 s. 228.

¹⁵² For eksempel tinglysningsloven § 23 hvorefter rettsvern for en kjøpekontrakt på fast eiendom oppnås ved at den tinglyses.

uttrykk for de funksjoner som kan utøves. I vår tradisjon har det de siste femti årene således vært enighet om at ”Rettigheden ’i sig selv’ [er] intet”.¹⁵³

Den kontinentale synsmåten på eiendomsrettens overgang ble omtalt som at de hadde et ”substansielt eiendomsbegrep”. Denne terminologien er et retorisk virkemiddel, som spiller hen på at Ross mente de på kontinentet så på eiendomsretten som en metafysisk størrelse. Dette gjenspeiler riktignok neppe det synet tyske, franske osv. rettsvitenskapsmenn selv har på eiendomsrettens overgang. Etter mitt syn er det mer passende å si at de har et ”formelt eiendomsbegrep”, og det er denne terminologen som vil benyttes i det følgende.

Begrepet tinglig rettighet mister som en konsekvens av den norsk/danske synsmåten sin betydning, da den beskyttelse man har i for eksempel konkurs ikke kan utledes av hvem som har eiendomsretten. Dette må derimot avgjøres på bakgrunn av en funksjonell analyse av det konkrete forhold.¹⁵⁴ I forholdet mellom to parter er det likevel bare én som kan ha den negativt avgrensede rettigheten (som noe upresist omtales som eiendomsretten også i norsk rett), og i forholdet til den enkelte pretendent må således eiendomsretten betraktes som en enhet. Det man må undersøke er på hvilke tidspunkter i overføringsprosessen det oppnås beskyttelse i forhold til hver enkelt tredjemann.¹⁵⁵

Hvis man derimot opererer med det formelle eiendomsbegrep er overgangen av eiendomsretten på et gitt tidspunkt absolutt med rettsvirkninger overfor alle grupper tredjemenn – alle funksjoner går over en bloc og får virkning i alle relasjoner.¹⁵⁶ Tysk rett kan benyttes som eksempel på en slik overdragelse av eiendomsretten. Hovedregelen om eiendomsrettens overgang vedrørende løsøre finnes i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) §

¹⁵³ Ross 1935 s. 13.

¹⁵⁴ Carl August Fleischer, ”Eigendomsretten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot ”det substansielle eigedomsomgrepet”” i *Jus og jord. Heidersskrift til professor dr. juris. Olav Lid på 70-årsdagen*, Oslo 1978, s. 81-95 (s. 81-82).

¹⁵⁵ Brækhus/Hærem 1964 s. 382.

¹⁵⁶ Ross 1953 s. 219, Brækhus/Hærem 1964 s. 376.

929 hvorefter det både kreves at begge parter er enige om at eiendomsretten skal gå over (Einigung) og at erververen overtar besittelsen av aktivumet (Übergabe). På denne måten kan overdrageren ha den formelle eiendomsretten selv om erververen har overtatt besittelsen og alle de vesentlige beføyelsene ligger hos ham. Slik er det mulig å benytte seg av eiendomsforbehold som sikkerhetsrett. I et rettsystem som opererer med det funksjonelle eiendomsbegrep vil en slik konstruksjon ikke være mulig, da erververen vil anses å ha den negativt avgrensede eiendomsretten når han har overtatt de sentrale beføyelsene over aktivumet.¹⁵⁷

På tross av motviljen mot det formelle eiendomsbegrep og skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, er skillet mellom obligasjons- og tingsrett opprettholdt både i norsk og dansk rettsvitenskap. I de moderne fremstillinger blir dette hovedsakelig begrunnet med tradisjon, og med risikoen for at en forfatter som bryter med denne systematikk blir misforstått. Det understrekes likevel at de fleste ser pragmatisk på sontringen og ikke forsøker å avgrense med for stor presisjon.¹⁵⁸ I visse henseende utledes det også fortsatt rettsvirkninger fra begrepet tinglige rettigheter. Det er for eksempel allment akseptert at tinglige rettigheter ikke er gjenstand for foreldelse.¹⁵⁹

Avgjørelsen av om man står overfor tredjemanns "tinglige ret" i forordningens forstand skjer etter forordningen som hovedregel etter *lex rei sitae*, og dersom EFK blir bindende for Norge vil dermed begrepet tinglig rettighet igjen kunne få betydning i norsk rett. Den økende samordningen med andre lands rettsystemer medfører at begrepet igjen blir aktuelt i norsk rett. Som en konsekvens kan også selve sontringen igjen få betydning. Dette er et av hovedargumentene til dem som mener at skillet igjen bør bli akseptert i norsk rett, på

¹⁵⁷ Se mer om eiendomsforbehold i punkt 5.2.2 nedenfor.

¹⁵⁸ Falkanger/Falkanger 2007 s. 29-31, Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo 2004 s. 25 flg.

¹⁵⁹ Se for eksempel Hagstrøm 2004 s. 743, som riktignok fremhever at dette bare bør være "retningsgivende", da sontringen ikke er skarp.

bekostning av den mer pragmatiske tilnærmingen som følger av det funksjonelle eiendomsbegrepet.¹⁶⁰

Det vil ligge på siden av denne oppgaven å argumentere på generelt grunnlag for hvorvidt det funksjonelle eller formelle eiendomsbegrep er det mest hensiktsmessige. En innsikt i de ulike synsmåtene vil i alle tilfelle være nødvendig i møte med rett basert på det formelle eiendomsbegrep. I det følgende vil jeg gjøre rede for hva som er ”tinglige rettigheter” i EFKs forstand uavhengig av hva vi ellers legger i begrepet i norsk rett. For å understreke dette er begrepet satt i anførselstegn.

4.3.2.2 ”Tinglige rettigheter” i forordningens forstand

Når aktivumet befinner seg i Norge, og det er innledet hovedinsolvensbehandling i en annen medlemsstat, er det norsk rett som er *lex rei sitae* og dermed avgjørende for hvorvidt det er stiftet ”tinglige rettigheter” i skyldnerens aktiva. I og med at statene ikke står helt fritt, men må holde seg innenfor de (vide) rammene som er oppstilt i forordningen og Virgos/Schmit-rapporten, vil vurderingstemaet i det følgende være hvilke norske regler som medfører at rettighet stiftet i Norge er tredjemanns ”tinglige ret”.

I punkt 4.2.1 ovenfor konkluderte jeg med at det avgjørende for hvorvidt rettigheter er ”tinglige rettigheter” i forordningens forstand er om de har oppnådd beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Videre tolket jeg ”tinglige rettigheter” slik at det omfatter både tredjemanns begrensede rettighet i skyldnerens aktiva, og tredjemanns rett når det har skjedd en overdragelse til eie. Når det skal avgjøres hva som er ”tinglige rettigheter” i norsk rett er derfor det interessante hvordan man etter norske regler oppnår beskyttelse mot kreditorekstinksjon (da særlig når kreditor er et konkursbo).

¹⁶⁰ Morten Kinander, ”Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2003 s. 673-685 (s. 683-684).

For at skyldnerens suksessorer skal være beskyttet mot at konkursboet ekstingverer deres rett, må den etter norske konkursregler ha rettsvern.¹⁶¹ Er ikke rettigheten beskyttet med rettsvern kan boet ta beslag i den, og suksessorene kan bare få dividende av sitt krav. Dette gjelder både hvor tredjemannens rettighet i aktivumet begrenset (for eksempel en panterett), og hvor det har skjedd en overdragelse til eie. Rettsvernskravet i norsk rett kan utledes direkte av at konkursboet etter dekl. § 2-2 kan ta beslag i det som ”tilhører skyldneren”, eller betraktes som et selvstendig tilleggsvilkår om at ervervet må være beskyttet mot kreditorekstinksjon.¹⁶² Det primære hensyn bak kravet til rettsvern er å forhindre kreditorsvik ved å sikre at overføringer fra skyldner er notoriske.¹⁶³ For å få rettsvern må det iakttas en rettsvernsakt som varierer avhengig av hva slags aktivum rettigheten er stiftet i og hva slags rettighet som er stiftet i aktivumet.

Avtalte panterettigheter, som er de mest praktiske begrensede rettighetene, får rettsvern etter de krav som stilles i lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (pantel.). For eksempel får pant i fast eiendom rettsvern ved tinglysning etter pantel. § 2-5, pant i løsøre får som hovedregel rettsvern ved overlevering etter pantel. § 3-2 annet ledd og pant i enkle fordringer får som hovedregel rettsvern ved notifikasjon til debitor cessus etter pantel. § 4-5. De samme rettsvernsaktene gjelder stort sett tilsvarende for utleggspant etter pantel. kapittel 5. Andre begrensede rettigheter, som for eksempel bruksrettigheter, får som hovedregel rettsvern etter de samme krav som gjelder ved en overdragelse til eie. Selv om tredjemann har en begrenset rett i aktivumet anses det å tilhøre skyldneren i forhold til boets beslagsrett i

¹⁶¹ I norsk rett isolert sett har det også vært antatt at det er en sammenheng mellom tinglige rettigheter og rettsvern. Se i denne retning Brækhus/Hærem 1964 s. 4 som definerer begrepet på følgende måte: ”Av de mange forskjellige definisjoner av begrepene [tinglige og obligatoriske rettigheter], er den klareste som lar rettsvernet være avgjørende”. Hagstrøm mener rettsvern som et avgjørende kriterium for hvorvidt man står overfor en tinglig rettighet er særdeles lite egnet, når man bruker dette for å finne frem til en systematisk inndeling av rettstoffet, se Hagstrøm 2004 s. 28.

¹⁶² Se Andenæs 1999 på s. 168 som synes den sistnevnte definisjon har mest for seg.

¹⁶³ Falkanger/Falkanger 2007 s. 486 flg.

dekl. § 2-2. Konkursboet kan etter norske regler ta beslag i selve aktivumet så lenge det respekterer den begrensede rettigheten.¹⁶⁴

Avtalepant i fast eiendom kan brukes som eksempel på en begrenset rettighet i skyldnerens aktiva. Så lenge det er et gyldig stiftet pant vil det ha virkning mellom partene selv om panthaveren ikke har gjennomført rettsvernsakten. Eieren av den faste eiendom må følgelig respektere panteretten uten hensyn til om den har rettsvern.¹⁶⁵ Dersom panteretten ikke har fått rettsvern vil den imidlertid ikke være tredjemanns ”tinglige ret” i EFKs forstand, og den kan følgelig berøres av en konkurs åpnet i en annen medlemsstat. Rettsvernskravet for avtalepant i fast eiendom følger av pantel. § 2-5, og rettsvernsakten er at panteretten må tinglyses i grunnboken. Når panthaveren har gjennomført denne rettsvernsakten har han, i tillegg til å sikre at panteretten står seg i en norsk konkurs jf. lov 7. juni 1935 om tinglysing (tingl.) § 23, gjort panteretten til sin ”tinglige ret” i EFKs forstand. Dermed har han sørget for at panteretten ikke vil berøres av en insolvensbehandling innledet i en annen medlemsstat.¹⁶⁶

Når det gjelder overdragelse til eie er ikke rettsvernsaktene samlet ett sted, slik som i panteloven, men er delvis lovfestet og delvis ulovfestet. For eksempel er rettsvernsakten for fast eiendom tinglysing i grunnboken etter tingl. § 23, for løsøre er den ulovfestete hovedregelen overlevering (men ”interesselæren” gjør unntak) og vedrørende fordringer er rettsvernsakten notifikasjon til debitor cessus etter en analogisk anvendelse av lov 17. februar 1939 om gjeldsbrev § 29 første ledd. Dersom det har skjedd en beskyttet overdragelse til eie, er konkursboets beslagsrett etter de norske reglene fullstendig avskåret.

¹⁶⁴ Visse norske regler medfører at boet ikke behøver å respektere rettsvernede begrensede rettigheter i samme utstrekning som skyldneren, se nærmere nedenfor i punkt 4.4.3.

¹⁶⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 2. utgave, Oslo 2008 s. 198.

¹⁶⁶ Når det gjelder rettigheter som er registrert i et ”offentligt register” følger det også av EFK artikkel 5 nr. 3 at disse alltid skal være ”tinglige rettigheter” i forordningens forstand.

Boets beslagsrett i forhold til en tredjemann som har fått et aktivum overdratt til eie blir særlig satt på spissen hvor skyldneren fortsatt besitter løsøret som er solgt til en tredjemann. Hovedregelen for løsørekjøp er at tredjemannen får rettsvern for sitt erverv når tingen er overlevert. Retten til aktivumet er altså ikke tredjemanns ”tinglige ret” i EFKs forstand så lenge skyldneren sitter med tingen, og rettigheten vil reguleres av retten i konkursåpningslandet etter hovedregelen i artikkel 4. Dette vil imidlertid falle annerledes ut når det er i tredjemannens interesse at skyldneren fortsatt sitter med tingen. Etter den såkalte ”interesselære” får tredjemannen da rettsvern uten overlevering.¹⁶⁷ Tredjemanns eiendomsrett til aktivumet har således fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon, og også hans ”tinglige ret” i EFKs forstand, jf også EFK artikkel 5 nr. 2 bokstav c. Når ”interesselæren” får anvendelse blir dermed resultatet at rettigheten ikke skal berøres av hovedinsolvensbehandlingen, og at boet ikke kan ta beslag. Sammenlignet med enkelte andre medlemsstater hvor overlevering fortsatt står meget sterkt (jf. for eksempel svensk rett), går norsk rett lenger i å beskytte tredjemenn mot kreditorekstinksjon uten at aktivumet er overlevert. Dette viser hvor viktig det er for norske tredjemenn at artikkel 5 tolkes slik at den både omfatter overdragelse til eie og begrensede rettigheter.

Hovedregelen vil etter dette være at rettigheter som i norsk rett har fått rettsvern, og dermed at tredjemann har separatistrett i skyldnerens konkursbo, er ”tinglige rettigheter” som ikke skal berøres av insolvensbehandlingen etter EFK artikkel 5. Det må ses bort fra at det ikke er terminologisk sammenfall mellom ordlyden i forordningen og vår regulering av konkursboets beslagsrett, da det i kontinental rett ikke er et eget ord for rettsvern. Ved å på denne måten se på det som er realitetene i norsk materiell konkursrett unngås også en prinsipiell debatt rundt terminologi.

Det kan likevel ikke oppstilles en ubetinget regel om at alle rettigheter som er beskyttet i en norsk konkurs fordi de har rettsvern også vil være tredjemanns ”tinglige ret” i EFKs forstand. Grunnen til dette er for det første at forordningen ikke er utformet med det norske

¹⁶⁷ Falkanger/Falkanger 2007 s. 624 flg.

systemet for øyet, og at det norske rettsvernsbegrepet dermed ikke samsvarer fullt ut med forordningens ”tinglige rettigheter”. Dermed vil det kunne være tilfeller hvor vi bruker begrepet rettsvern om et forhold som faller utenfor EFK.¹⁶⁸ For det andre følger dette av at vi i norsk rett ikke bare anlegger et funksjonelt syn på selve eiendomsretten, men også på dens ulike beføyelser. Slik blir rettsvern ikke noe absolutt i intern norsk rett, noe som vil ha virkning i alle henseender, men vil kunne ha ulike rettsvirkninger avhengig av hvilket forhold det gjelder.¹⁶⁹ Hver situasjon må dermed undersøkes for seg, men utgangspunktet er at en rettighet som har fått rettsvern er beskyttet mot kreditorekstinksjon etter norsk rett, og dermed vil rettigheten være tredjemanns ”tinglige ret” i forordningens forstand.

4.3.3 Den ”tinglige ret” skal ikke berøres

Når aktivumet befinner seg i Norge, og det er innledet hovedinsolvensbehandling i en annen medlemsstat, medfører artikkel 5 for det første at regler i *lex fori concursus* som på noen måte berører tredjemanns ”tinglige ret” ikke kan anvendes av konkursboet. Den viktigste konsekvensen av dette er at hvis rettigheten kan ekstingveres av konkursboet etter konkursåpningslandets rett fordi den ikke er beskyttet etter de reglene som gjelder der, vil det at den har fått rettsvern etter norsk rett medføre at rettigheten er beskyttet også i forhold til det utenlandske konkursboet. Konkursboet kan heller ikke anvende *lex fori concursus*’ øvrige regler som berører tredjemanns rettighet. Dette blir for eksempel satt på spissen hvis det er hjemmel for legalpant for boomkostninger.

Skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser reguleres imidlertid fortsatt av *lex fori concursus* etter hovedregelen i artikkel 4 nr. 2 bokstav e.¹⁷⁰ At det er etablert ”tinglige

¹⁶⁸ Senere i oppgaven vil det komme et eksempel på at en rettighet som er beskyttet med (et midlertidig) rettsvern, ikke er tredjemanns ”tinglige ret” i EFKs forstand, se punkt 6.3.2 nedenfor.

¹⁶⁹ Se mer om eiendomsrettens ulike beføyers funksjonalitet i Fleischer 1978 s. 81 flg, og særskilt om rettsvern på s. 87 samme sted.

¹⁷⁰ Det er gjort unntak for skyldnerens avtaler vedrørende fast eiendom i artikkel 8.

rettigheter” i Norge hindrer således ikke at det utenlandske konkursboet trer inn i avtalen, så lenge dette kan skje uten at rettigheten berøres. Hvis konkursboet velger å tre inn i avtalen er beskyttelse mot kreditorekstinksjon uten betydning, da boet ikke tar beslag i rettigheten ved inntreden. Hvis lex fori concursus skulle inneholde regler som stiller tredjemann dårligere etter at boet har trådt inn, vil boet ikke kunne tre inn fordi inntreden i så fall vil berøre tredjemanns ”tinglige ret” i strid med artikkel 5. Så lenge konkursboet ved inntreden blir forpliktet og berettiget på avtalens vilkår, vil ikke tredjemanns ”tinglige ret” berøres.

Konkursboet kan for det andre heller ikke påberope seg de norske reglene som berører en tredjemanns ”tinglige ret”.¹⁷¹ Dette gjelder selv om det også er hjemmel for et tilsvarende inngrep i rettigheten etter lex fori concursus, jf. det som er sagt ovenfor i punkt 4.2.2. Hvis skyldneren har et forretningssted i Norge kan det åpnes en sekundær insolvensbehandling her, og de norske reglene som berører tredjemanns ”tinglige ret” vil kunne få anvendelse. Innledes det en sekundær insolvensbehandling i Norge vil aktivumet befinne seg i den samme medlemsstaten som insolvensbehandlingen er innledet i, og forholdet vil dermed falle utenfor unntaket i artikkel 5.

4.4 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

4.4.1 Generelt

I dette kapittelet er situasjonen at det er innledet en hovedinsolvensbehandling i Norge, og at en tredjemann har stiftet en rettighet i et av skyldnerens aktiva som befinner seg i en annen medlemsstat. Først vil jeg kort behandle hvordan den norske bobestyreren skal gå frem for å avgjøre hvorvidt rettigheten faller inn under forordningens ”tinglige rettigheter” slik at artikkel 5 får anvendelse. Deretter vil jeg gjøre rede for de norske reglene som

¹⁷¹ Se nærmere om hvilke norske regler som berører en tredjemanns ”tinglige ret” nedenfor under punkt 4.4.3.

berører tredjemenns beskyttede rettigheter, og som dermed ikke vil kunne anvendes når aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat.

4.4.2 "Tinglige rettigheter" i utenlandske aktiva

Når det er innledet en hovedinsolvensbehandling i Norge er det norsk rett som er bestemmende for konkursboets beslagsrett, jf. hovedregelen i artikkel 4 nr. 2 bokstav b. Det er dermed dekl. § 2-2 som skal anvendes av det norske konkursboet. Det norske konkursboet vil ikke få beslagsrett i større utstrekning enn det som følger av de norske reglene, selv om det skulle ha beslagsrett etter konkursreglene i staten der aktivumet befinner seg.

Hvis det er stiftet en rettighet i et aktivum som befinner seg i en annen medlemsstat bestemmer artikkel 5 at rettigheten ikke skal berøres når rettigheten er tredjemanns "tinglige ret". Det er retten i staten der aktivumet befinner seg (*lex rei sitae*) som avgjør dette, og den norske bobestyreren må derfor se hen til hva som kreves for å oppnå beskyttelse mot kreditorekstinksjon i denne staten.

Befinner for eksempel aktivumet seg i en stat som avskjærer boets beslagsrett idet det er inngått en avtale om kjøp av løsøre, vil boet ikke kunne ta beslag på tross av at det har beslagsrett etter dekl. § 2-2 (norske regler krever normalt overlevering for beskyttelse). Dette er et resultat av at overdragelsen til eie i et slikt tilfelle er beskyttet mot kreditorekstinksjon etter retten i staten der aktivumet befinner seg, og dermed er en tredjemanns "tinglige ret".

Selv om en rettighet er tredjemanns "tinglige ret" etter *lex rei sitae*, er det de norske reglene i dekl. kapittel 7 om insolvensbehandlingens virkninger for skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser som får anvendelse, jf hovedregelen i artikkel 4 nr. 2 bokstav e.¹⁷² Etter dekl.

¹⁷² Med unntak for avtaler vedrørende fast eiendom, jf. artikkel 8.

§ 7-3 har et norsk konkursbo en alminnelig rett til å tre inn i skyldnerens gjensidig tyngende avtaler. Siden det norske konkursboet etter dekl. § 7-4 blir berettiget og forpliktet på avtalens vilkår, vil ikke konkursboets inntreden medføre at tredjemanns ”tinglige ret” berøres, og EFK artikkel 5 hindrer dermed ikke at det norske konkursboet kan tre inn i avtalen.

4.4.3 Norske regler som ikke får anvendelse fordi rettigheten ikke skal berøres

Utgangspunktet etter norsk konkursrett er at en rettighetshaver som har fått rettsvern for sin rett er uberørt av konkursen. Situasjonen når aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat vil følgelig ikke skille seg vesentlig fra det som gjelder et aktivum som befinner seg i Norge. Når det har skjedd en overdragelse til eie er dette absolutt: boets beslagsrett er avskåret når kjøperen har fått rettsvern. Det er heller ikke andre norske regler som griper inn i tredjemannens rett. Har tredjemannen derimot en panterett eller annen begrenset rett er utgangspunktet i noen grad modifisert ved at det finnes rettsregler som griper inn i tredjemenns rettsvernede rettigheter som en følge av at det åpnes konkurs hos skyldneren.

Dersom konkursboet ønsker å selge et av skyldnerens aktiva som er beheftet med en begrenset rettighet, står det fritt til dette etter kkl. §§ 85 første ledd nr. 3 og 117 første ledd. En kjøper vil kunne være interessert i å kjøpe et beheftet aktivum så lenge prisen reflekterer heftelsen, og konkursboet vil derfor få solgt aktivumet så lenge det ikke er overbeheftet. Å selge aktivumet med den påhvilende heftelsen berører ikke tredjemanns ”tinglige ret”, da kjøperen overtar heftelsen og må respektere den på samme måte som skyldneren, jf. ovenfor i punkt 4.2.2.

Hvis aktivumet er overbeheftet (heftelsene overstiger salgssummen) vil derimot en kjøper normalt ikke være villig til å overta aktivumet med mindre heftelsene som ikke dekkes av kjøpesummen slettes. Konkursboet har ikke en alminnelig rett til å realisere et overbeheftet

panteobjekt med utslettende virkning for udekkede heftelser.¹⁷³ Kkl. § 117a og dekl. § 8-15 oppstiller imidlertid visse unntak fra denne hovedregelen.

Etter dekl. § 8-15 kan boet på nærmere angitte vilkår kreve tvangssalg av sterkt beheftede eiendeler ved namsmannen, og tvangssalget skjer da med utslettende virkning for udekkede heftelser. Etter dekl. § 8-15 annet ledd kan et slikt salg ikke skje ”når det viser seg at boet ikke vil få noen andel av salgsutbyttet, og når dessuten panthaverne enten ikke har rett til dividende i boet eller uttrykkelig har frafalt denne rett, eller når det er på det rene at boet ikke vil kunne gi noen dividende til panthaverne”. Så lenge panthaverne samtykker vil konkursboet kunne selge aktivumet selv om ikke vilkårene er til stede.

Kkl. § 117a gir også konkursboet en rett til å selge overbeheftede eiendeler. Etter første ledd nr. 1 kan et aktivum realiseres med utslettende virkning for de udekkede heftelsene der salget skjer sammen med andre av konkursboets eiendeler, og et samlet salg forventes å gi boet større inntekter enn om aktivaene selges enkeltvis. Kkl. § 117 a første ledd nr. 2 gir hjemmel for salg med utslettende virkning hvor salget skjer som ledd i en samlet overdragelse av hele eller deler av skyldnerens virksomhet, og gjøres med sikte på fortsatt drift etter konkursen (s.k. ”going concern”). Bestemmelsen har et nokså snevert virkeområde, da en anvendelse stiller partene overfor kompliserte tolkningsspørsmål og vurderinger. Den vil i hovedsak virke som et ris bak speilet i konkursboets forhandlinger med de ulike panthavere.¹⁷⁴

Dersom boet etter dekl. § 8-15 eller kkl. § 117a har rett til å selge aktiva med utslettende virkning for udekkede heftelser, er konsekvensen at tredjemenn taper sine rettsvernede

¹⁷³ Et forslag om å gi boet en alminnelig rett til å realisere overbeheftede aktiva med utslettende virkning for udekkede heftelser ble forkastet ved reformen av konkurslovgivningen i 1999, se NOU 1993: 16 s. 65 og Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 100.

¹⁷⁴ Se nærmere i Thor Falkanger, ”Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler”, *Lov og Rett*, 2001 s. 166-183 (s. 169).

rettigheter som en følge av konkursåpningen. Et slikt salg vil følgelig berøre ”tinglige rettigheter” på en måte som EFK artikkel 5 ikke tillater.

Panthavernes rett til å realisere det pantebeheftede aktivumet er underlagt en sperrefrist etter kkl. §§ 117 tredje ledd jf. 17 annet ledd. Etter disse bestemmelsene kan ikke en panthaver uten konkursboets samtykke kreve tvangsdekning i skyldnerens eiendeler de første seks månedene etter konkursåpningen. At det oppstilles en slik sperrefrist som en følge av konkursåpningen berører tredjemanns ”tinglige ret”, og vil således ikke få anvendelse på aktiva beheftet med slike rettigheter som befinner seg i en annen medlemsstat enn Norge.

I pantel. § 6-4 første ledd er det bestemt at konkursboet har lovbestemt pant (legalpant) for nødvendige boomkostninger i ethvert av de pantebeheftede formuesgodene som tilhører skyldneren. For hvert av formuesgodene er legalpantet begrenset til fem prosent av verdien, men for realregistrerbare formuesgoder (som fast eiendom, skip og luftfartøy) er legalpantet oppad begrenset til 700 ganger rettsgebyret.¹⁷⁵ Etter pantel. § 6-4 første ledd nest siste punktum går legalpantet foran alle andre heftelser i formuesgodet, og konkursboet får dermed rettsvern for sin panterett uten tinglysning.

Legalpantet kan bare benyttes hvis konkursboet ikke kan få dekning for sine omkostninger ved midler som inngår i boet uten pantebeheftelser eller annen separatistrett, og kan dermed omtales som subsidiær.¹⁷⁶ Boomkostninger skal forstås på samme måte som i dekl. § 9-2 første ledd nr. 2, men da det bare er de ”nødvendige” omkostningene boet får sikkerhet for, vil ikke alle de omkostninger som faller inn under dekl. § 9-2 første ledd nr.

¹⁷⁵ Dette utgjør p.t. 602 000 kroner, jf. lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr § 1 annet ledd. I proposisjonen til lovendringen foreslo ikke departementet en slik begrensning, men Justiskomiteen i Stortinget fant at en slik begrensning burde implementeres, se Innst. O. nr. 59 (2003-2004) s. 3.

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 23 (2003-2004) s. 63.

2 bli dekket av legalpantet.¹⁷⁷ Etter pantel. § 6-4 syvende ledd er det tingretten som avgjør hvilke av boomkostningene som skal regnes som nødvendige.

At boet får legalpant kommer som en følge av innledningen av insolvensbehandlingen, og følgelig er dette et forhold som faller inn under EFK artikkel 5. Siden legalpantet får prioritet foran alle andre heftelser kan det gjøre inngrep i tredjemenns beskyttede rettigheter. Når det er åpnet konkurs i Norge kan dermed konkursboet ikke ta legalpant etter pantel. § 6-4 i aktiva som befinner seg i en annen medlemsstat, og som tredjemenn har ”tinglige rettigheter” i.

¹⁷⁷ Skoghøy 2008 s. 148.

5 Eiendomsforbehold

5.1 Innledning

Artikel 7

Eiendomsforbehold

1. Indledningen af insolvensbehandling mod køberen af et aktiv berører ikke sælgerens rettigheder på grundlag af et eiendomsforbehold, når genstanden på tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning befinder sig i en anden medlemsstat end den, hvor insolvensbehandlingens er indledt.

2. Indledningen af insolvensbehandling mod sælgeren af et aktiv efter levering af aktivet berettiger ikke til ophævelse eller annullering af salget og forhindrer ikke køberen i at erhverve eiendomsretten til det solgte aktiv, når dette på tidspunktet for insolvensbehandlingens indledning befinder sig i en anden medlemsstat end den, hvor insolvensbehandlingens er indledt.

3. Stk. 1 og 2 forhindrer ikke søgsmål om omstødelse, ugyldighed i forhold til kreditorerne eller ugyldighed i sig selv som omhandlet i artikel 4, stk. 2, litra m).

Forordningens artikkel 7 regulerer lovvalget når det er tatt et eiendomsforbehold i et aktivum som befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten. Etter artikkel 7 nr. 1 skal en selgers eiendomsforbehold ikke berøres i en kjøpers konkurs. Etter artikkel 7 nr. 2 forhindrer ikke en selgers konkurs at kjøper overtar eiendomsretten til et aktivum det er tatt et eiendomsforbehold i. Bestemmelsen medfører et unntak fra hovedregelen i artikkel 4 om at konkursåpningsstatens rett skal regulere alle sider ved insolvensbehandlingens.

At en selger forbeholder seg eiendomsretten til en gjenstand solgt på kreditt ,er på samme måte som sikkerhetsretter som pant, en vanlig og viktig metode for en selger å sikre sitt krav på. Eiendomsforbehold har ulik stilling i de ulike europeiske rettsystemene. Et grunnleggende skille kan oppstilles mellom de statene som har et formelt eiendomsbegrep

og de som har et funksjonelt eiendomsbegrep, se nærmere ovenfor i punkt 4.3.2.1. I stater som opererer med et formelt eiendomsbegrep anerkjennes eiendomsforbehold, og konflikten mellom en selger som har tatt eiendomsforbehold og kjøperens konkursbo er en hjemmelsmannskonflikt. I stater som har et funksjonelt eiendomsbegrep omklassifiseres eiendomsforbeholdet til å være en begrenset rett for selgeren. Konflikten mellom selgeren og konkursboet er dermed en dobbeltsuksjonskonflikt. Dette får betydning ved anvendelsen av artikkel 7. Forordningen bærer preg av å være skrevet med henblikk på stater som har et formelt eiendomsbegrep. Når den skal anvendes i Norge, som har et funksjonelt syn på eiendomsrettens overgang, oppstår det derfor særlige spørsmål ved praktiseringen av artikkel 7.

I det følgende behandler jeg artikkel 7 nr. 1 og nr. 2 hver for seg i punkt 5.2 og 5.3. I begge underkapitlene gjør jeg først rede for innholdet i EFK, med fokus på hvordan reguleringen bør forstås i møte med norsk rett og det funksjonelle eiendomsbegrep. Deretter behandler jeg spørsmålene som oppstår for en norsk rettsanvender når insolvensbehandlingen er innledet i Norge, før jeg til sist behandler situasjonen når det er innledet en insolvensbehandling i en annen medlemsstat og aktivumet befinner seg i Norge.

5.2 Når skyldneren er kjøper – EFK artikkel 7 nr. 1

5.2.1 Innholdet i EFK

EFK artikkel 7 nr. 1 bestemmer at dersom kjøperen av et aktivum går konkurs, skal ikke selgerens rettigheter på grunnlag av et ”eiendomsforbehold” berøres av insolvensbehandlingen. Bestemmelsen gjelder etter ordlyden alle typer aktiva, men det er eiendomsforbehold i løsøre og fast eiendom som er det mest praktiske. Siden artikkel 7 nr. 1 ikke direkte legger lovvalget til en stat, men bestemmer at rettigheten ikke skal berøres, kan den sies å være en negativ lovvalsregel på samme måte som artikkel 5.

Forordningen inneholder ikke en definisjon av hva som menes med ”eiendomsforbehold”, og dette er heller ikke nærmere utdypet i Virgos/Schmit-rapporten.¹⁷⁸ Etter ordlyden omfattes enhver avtale mellom kjøper og selger som innebærer at selgeren beholder den formelle eiendomsretten frem til hele kjøpesummen er betalt. Det antas likevel at det bare er eiendomsforbehold som er gyldig stiftet etter lovvalgsreglene utenfor konkurs som omfattes av forordningen.¹⁷⁹ Da *lex rei sitae* er den generelle hovedregel i Europa, må eiendomsforbeholdet på samme måte som ”tinglige rettigheter” være gyldig stiftet i staten der aktivumet befinner seg for at artikkel 7 nr. 1 skal få anvendelse på det.¹⁸⁰

Et eiendomsforbehold innebærer at selgeren har forbeholdt seg eiendomsretten til gjenstanden, og sitter med denne uavhengig av hvilke beføyelser som har gått over på kjøper. Bortsett fra retten til å få aktivumet utlevert hvis kjøperen går konkurs eller misligholder kjøpsavtalen er det ikke nødvendigvis noen eiendomsbeføyelser igjen på selgerens hånd. Da eiendomsforbehold således forutsetter at en person kan ha eiendomsretten uavhengig av dens beføyelser, er en slik konstruksjon bare mulig i rettsystemer som har et formelt syn på eiendomsrettens overgang.

Når begrepet eiendomsforbehold benyttes i det følgende siktes det til forbehold tatt i rettsystemer som anerkjenner konstruksjonen. Siden det er opp til *lex rei sitae* å avgjøre hva som er et eiendomsforbehold i forordningens forstand omfattes imidlertid også andre typer forbehold enn de rene eiendomsforbehold av virkeområdet til bestemmelsen. Den vil også omfatte forbehold tatt i stater med et funksjonelt syn på eiendomsrettens overgang, som gjerne omklassifiserer eiendomsforbehold til å være en panterett. Jeg vil komme nærmere tilbake til dette nedenfor under behandlingen av norske forhold.

¹⁷⁸ I den svenske utgaven heter det ”Återtagandeförbehåll”, i den engelske ”Reservation of title”, og i den tyske ”Eigentumsvorbehalt”.

¹⁷⁹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 110, Fletcher 2005 s. 413, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 69.

¹⁸⁰ Se nærmere om *lex rei sitae* som hovedregel i punkt 4.2.1 ovenfor.

Videre er det et vilkår for at artikkel 7 nr. 1 skal få anvendelse at aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat på tidspunktet for insolvensbehandlingens innledning, og at eiendomsforbeholdet er etablert på dette tidspunktet. Skjæringstidspunktet avgjøres på samme måte her som etter artikkel 5, og det vises derfor til det som er sagt om dette i punkt 4.2.3 ovenfor. Med hensyn til hvor et aktivum skal anses å befinne seg gjelder også det samme som er sagt ovenfor i punkt 4.2.4 vedrørende artikkel 5. Befinner aktivumet i en stat som ikke er bundet av forordningen kommer ikke EFK til anvendelse, og det er konkursåpningsstatens lovvalgsregler som får anvendelse på forholdet.¹⁸¹

Hvis skyldneren har et forretningssted i medlemsstaten hvor aktivumet befinner seg er det anledning til å åpne en sekundær insolvensbehandling der. Regler som berører eiendomsforbeholdet kan benyttes i den sekundære insolvensbehandlingen, da artikkel 7 nr. 1 ikke får anvendelse når aktivumet befinner seg i konkursåpningsstaten. Etter artikkel 7 nr. 3 forhindrer ikke regelen i nr. 1 at omstøtelse reguleres av *lex fori concursus* etter hovedregelen i artikkel 4, men artikkel 13 gjør viktige unntak fra dette.¹⁸²

Dersom det før insolvensbehandlingens innledning er tatt et eiendomsforbehold i EFKs forstand i et aktivum som befinner seg på en annen medlemsstats område, innebærer artikkel 7 nr. 1 at selgerens eiendomsforbehold ikke berøres av insolvensbehandlingen. Dette er den samme virkningen som artikkel 5 angir, og virkningene av at en rettighet faller inn under artikkel 7 nr. 1 er de samme som etter artikkel 5.¹⁸³ Det som er sagt ovenfor i punkt 4.2.2 om hva det innebærer at en ”tinglige rettigheter” ikke berøres, gjelder derfor tilsvarende her.

At eiendomsforbeholdet ikke skal berøres medfører for det første at boet må respektere eiendomsforbeholdet, og at det ikke kan ekstingvere selgerens rett. For det andre kan ikke

¹⁸¹ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 93.

¹⁸² Artikkel 13 er omtalt nærmere nedenfor i kapittel 8.

¹⁸³ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 112 hvor det står at det som er sagt om artikkel 5 gjelder tilsvarende med hensyn til artikkel 7 *mutatis mutandis* (dvs. med de nødvendige endringer).

konkursboet på andre måter gjøre inngrep i selgerens rettighet, selv om dette skulle følge av både *lex fori concursus* og *lex rei sitae* (for eksempel legalpant for boomkostninger). Det følger av innledningsordene til artikkel 7 nr. 1 at virkeområdet er begrenset til insolvensrettslige regler, da den bare gjelder hvor "[i]nnledningen af insolvensbehandling" berører selgerens eiendomsforbehold.

Siden vi i Norge anser aktiva beheftet med eiendomsforbehold for å "tilhøre skyldneren" (kjøperen) slik at artikkel 5 får anvendelse fremstår den særskilte reguleringen i artikkel 7 nr. 1 umiddelbart som overflødig for norske rettsanvendere. Dette fordi tredjemanns "tinglige rettigheter" er beskyttet etter artikkel 5. Begrunnelsen for at eiendomsforbehold er regulert i en egen artikkel i forordningen er at eiendomsforbeholds stilling i konkurs varierer mellom de ulike medlemsstater.¹⁸⁴ Statenes ulike syn på eiendomsrettens overgang er hovedgrunnen til at eiendomsforbehold behandles forskjellig.

Etter hovedregelen i artikkel 4 er det *lex fori concursus* som avgjør hva boet kan ta beslag i, og dermed også hva som "tilhører skyldneren" i artikkel 5 nr. 1. Opererer konkursåpningsstaten med et formelt eiendomsbegrep, vil en selger som har forbeholdt seg eiendomsretten være eieren av aktivumet selv om kjøperen har overtatt besittelsen og har anledning til å råde over aktivumet som eier. En stat med formelt eiendomsbegrep vil betrakte konflikten mellom selgeren og boet som en hjemmelsmannskonflikt. Forholdet faller således utenfor virkeområdet til artikkel 5, fordi aktivumet ikke "tilhører skyldneren".

Hvis derimot konkursåpningsstaten opererer med et funksjonelt eiendomsbegrep, vil eiendomsforbeholdet kunne omklassifiseres til å være selgerens begrensede rett. Konflikten mellom selgeren og boet er i en slik stat en dobbeltsuksjesjonskonflikt. Kjøperen kan således ha eiendomsretten i relasjon til artikkel 5, selv om selgeren har forbeholdt seg eiendomsretten, og forholdet faller inn under virkeområdet til artikkel 5. Ved en konkurs på

¹⁸⁴ Virgos/Garcimartin 2004 s. 108 De ulike synsmåtene på eiendomsrettens overgang er forklart nærmere i punkt 4.3.2.1 ovenfor.

tvers av stater med ulike syn på eiendomsrettens overgang ville eiendomsforbeholdets stilling være usikker uten særskilt regulering.¹⁸⁵

Siden aktiva som er beheftet med den samme type rettighet ”tilhører skyldneren” (kjøperen) eller selgeren avhengig av hva slags syn *lex fori concursus* har på eiendomsrettens overgang, ville det uten særskilt regulering blitt problemer med å klassifisere rettigheten ved en grenseoverskridende konkurs.¹⁸⁶ Disse problemene unngås ved at eiendomsforbehold er særskilt regulert i artikkel 7 nr. 1. Artikkel 7 nr. 1 kan sies å primært ha en klargjørende funksjon, ved at det ikke oppstår tvil om hvorvidt et eiendomsforbehold som er gyldig stiftet etter *lex rei sitae* står seg i en konkurs åpnet i en annen medlemsstat.

I sak C-292/08 (ennå ikke inntatt i Sml.) av 10. september 2009 behandlet EF-domstolen spørsmål med tilknytning til EFK artikkel 7 nr. 1. Det tyske selskapet German Graphics solgte en maskin til det nederlandske selskapet Holland Binding. German Graphics forbeholdt seg eiendomsretten til maskinen frem til hele kjøpesummen var betalt. Holland Binding ble slått konkurs, og German Graphics gikk deretter til en tysk domstol for å få dom på utlevering av maskinen, som befant seg i Nederland. Den nederlandske namsmyndigheten erklærte den tyske kjennelsen vedrørende eiendomsforbeholdet eksigibel i Nederland. Konkursboet påanket, og saken endte opp hos Hoge Raad der Nederlanden (Høyesterett), som forela saken for EF-domstolen, og utsatte den nasjonale behandlingen.

Spørsmålene som ble stilt EF-domstolen i saken gjelder primært forholdet mellom EFK artikkel 25 og bestemmelsene om virkeområdet til Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 av 22. desember 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fullbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (rfo. 44/2001). Dommen er særlig interessant med hensyn til spørsmål om anerkjennelse, og er således ikke direkte

¹⁸⁵ Dette er nærmere forklart under fremstillingen av det norske synet på eiendomsforbehold i punkt 5.2.2 nedenfor.

¹⁸⁶ Rettigheten kan enten være et eiendomsforbehold/hjemmelsmannskonflikt eller en panterett/dobbeltsuksessjonskonflikt. Virgos/Garcimartin 2004 synes på s. 108 å forutsette at det er *lex rei sitae*s klassifisering som er avgjørende for om forholdet faller inn under artikkel 5. Dette er neppe en riktig betraktning, da hva som ”tilhører skyldneren”, og dermed virkeområdet til artikkel 5, som forklart ovenfor avgjøres av *lex fori concursus*.

relevant for problemstillingene som behandles i denne oppgaven. EF-domstolen kommer imidlertid med noen uttalelser i tilknytning til EFK artikkel 7 nr. 1. Det er derfor passende å behandle dommen her, da den også tjener som et godt eksempel på hva slags situasjoner som kan oppstå ved en grenseoverskridende konkurs. I det følgende er det bare de sider av dommen som er relevante for forståelsen av eiendomsforbeholds stilling i EFK som behandles.

EF-domstolen skriver i dommens avsnitt 31 at ved avgjørelsen av eierskapet og German Graphics krav om utlevering av maskinen ”har det ingen relevans, om der er inledt en insolvensbehandling”, og videre at søksmålet alene hadde til formål å håndheve eiendomsforbeholdet. At EF-domstolen skriver at sikkerhet i form av et eiendomsforbehold ikke har noen sammenheng med konkursen er illustrerende for hvordan eiendomsforbehold betraktes i stater som har et formelt syn på eiendomsrettens overgang. Selgeren har her fortsatt eiendomsretten når han har tatt et eiendomsforbehold. Dette skiller seg fra hvordan vi behandler slike forbehold i norsk rett.

Videre skriver EF-domstolen i dommens avsnitt 35 at artikkel 7 nr. 1 ”kun [er] en materiel regel, der har til formål at beskytte sælgeren for så vidt angår genstande, der befinder sig uden for den medlemsstat, hvor insolvensbehandlingen inledes”. Siden artikkel 7 nr. 1 ikke endrer eiendomsforbeholdet, og uansett ikke kommer til anvendelse når aktivumet befinner seg i konkursåpningsstaten, medførte ikke EFKs regulering at den tyske avgjørelsen om maskinen og eiendomsforbeholdet var et ”spørsmål vedrørende (...) konkurs” i forbindelse med rfo. 44/2001 artikkel 1 nr. 2 bokstav b. Dette viser også at når det på kontinentet er tatt et eiendomsforbehold, anses selgeren for å fortsette å ha den formelle eiendomsretten til aktivumet.

5.2.2 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

Når en insolvensbehandling er innledet i Norge er det som hovedregel norsk konkursrett som regulerer alle sider ved insolvensbehandlingen, jf. EFK artikkel 4. Dette innebærer at det er de norske reglene om boets beslagsrett, og da særlig deknl. § 2-2, som er avgjørende for hva som ”tilhører skyldneren”. Videre medfører artikkel 4 at det er reglene i deknl. kapittel 7 som regulerer skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser. I det følgende gjør jeg først rede for det norske synet på eiendomsforbehold. Deretter gjør jeg rede for hvordan bobestyreren i en norsk konkurs skal forholde seg til et eiendomsforbehold stiftet i et aktivum som befinner seg i en annen medlemsstat.

Å avtale eiendomsforbehold har i Norge vært en vanlig måte for selgere å sikre sin fordring ved kredittkjøp. Frem til vedtagelsen av panteloven av 1980 var det ikke adgang til å underpantsette løsøre, og siden selgere av varer solgt på kreditt ikke kunne ta pant i varen, forbeholdt de seg eiendomsretten i stedet. Tanken bak dette var at i kjøperens konkurs ville selgeren få separatistrett til varen i kraft av eiendomsretten. Dette var en tankegang som stammet fra det tidligere norske synet på eiendomsrettens overgang. Selv om det reelt sett var tale om en sikkerhetsrett, og innebar en omgåelse av pantereglene, ble praksisen akseptert av domstolene.¹⁸⁷ Etter at salgspant kom inn i panteloven omklassifiseres etter pantel. § 3-22 alle avtaler om forbehold av eiendomsretten i løsøre til å være salgspant. De krav panteloven oppstiller for at selger skal få rettsvern må overholdes dersom pantet skal stå seg overfor kjøperens beslagleggende kreditorer.¹⁸⁸

At eiendomsforbehold ikke er anerkjent som en konstruksjon i norsk rett har sammenheng med det funksjonelle synet vi har på eiendomsrettens overgang. Vi aksepterer ikke at selgeren kan forbeholde seg eiendomsrett til aktivumet, hvis alle sentrale beføyelser har gått over på kjøper, og han kan råde over aktivumet som eier. En slik konstruksjon forutsetter at eiendomsretten anses som noe annet og mer enn de beføyelser den utgjør.¹⁸⁹ Dette er også grunnen til at vi i Norge betrakter eiendomsforbehold som en dobbeltsuksjesjonskonflikt og ikke hjemmelsmannskonflikt. Vi ser det slik at salgspanthaveren (selgeren) har en begrenset rett i aktivumet.¹⁹⁰ Når det er tatt salgspant i et aktivum anses selve aktivumet således for å ”tilhøre skyldneren” (kjøperen) etter dekl. § 2-2, og konkursboet kan ta beslag i aktivumet.¹⁹¹

¹⁸⁷ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, *Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave, Oslo 2005, s. 41. For mer om den historiske utvikling se Rådsegn 6 s. 111 flg., og Thor Falkanger, ”Fra eiendomsforbehold til salgspant - Noen refleksjoner i tilknytning til TfR 1933 s. 135 ff. og TfR 1954 s. 189 ff.”, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1987 s. 214-243.

¹⁸⁸ Også avtaler om leasing må iakttas rettsvernkravene i panteloven, se pantel. § 3-22 annet ledd.

¹⁸⁹ Se punkt 4.3.2.1 ovenfor.

¹⁹⁰ Kåre Lilleholt, *Godtruerverv og kreditorvern*, Oslo 1999 s. 200-201.

¹⁹¹ Er det tatt et eiendomsforbehold i fast eiendom etter tingl. § 21 tredje ledd vil boet, på samme måte som ved salgspant, ha beslagsrett i selve den faste eiendom. Se mer om de norske reglene i punkt 5.2.3 nedenfor.

Etter deknl. § 7-7 annet ledd utvides selgerens hevingsrett når det er tatt ”gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen”.¹⁹² Dette kan synes å tale mot at aktivumet skal anses å ”tilhøre skyldneren” etter deknl. § 2-2 siden selgeren kan få selve aktivumet utlevert. Selgerens hevingsrett er imidlertid betinget av at boet ikke trer inn i avtalen etter deknl. § 7-3, og den utvidete hevingsretten endrer derfor ikke at aktivumet ”tilhører skyldneren” i dekningslovens forstand.

Det er også en særskilt regulering vedrørende salgspant i lov 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m. (kredittkjøpoven) kapittel IV. Etter kredittkjøpoven § 15 første ledd kan selgeren kreve tingen tilbakelevert dersom kjøperen ikke oppfyller sine plikter ved å ikke betale en angitt del av kravet innen en måned etter forfall eller utsetter pantet for vesentlig fare. Om nødvendig kan det tas tvangsdekning i aktivumet etter reglene i tvangsfullbyrdslovens kapittel 9. Denne retten har selgeren i behold selv om det er åpnet konkurs hos kjøper, og forholdet er dermed et annet enn ved andre former for pant. Dette rokker likevel ikke ved at aktivumet må anses for å tilhøre kjøper, da boet kan velge å tre inn i avtalen med selger. Så lenge boet gjør dette kan ikke selgeren kreve aktivumet utlevert. Selgeren kan etter kredittkjøpoven § 15 annet ledd ikke forbeholde seg en rett til å ta tingen tilbake på en annen måte enn den som følger av loven (for eksempel ved kjøperens konkurs). Dette viser også at aktivumet i forhold til deknl. § 2-2 må anses å tilhøre kjøperen.

I norsk rett omklassifiseres altså et eiendomsforbehold til å være et salgspant, og aktivumet ”tilhører skyldneren” etter deknl. § 2-2. Dette medfører at et eiendomsforbehold i aktivumet er innenfor virkeområdet til EFK artikkel 5, når konkursen er åpnet i Norge. Dette er en følge av at det er lex fori concursus som er avgjørende for hva som ”tilhører skyldneren” etter artikkel 5. Hvorvidt tredjemanns rett i aktivumet skal berøres beror da på

¹⁹² Salgspant er et slikt gyldig forbehold, jf. punkt 5.2.3 nedenfor.

om eiendomsforbeholdet er beskyttet mot kreditorekstinksjon, og således tredjemanns ”tinglige ret”, etter retten i staten der aktivumet befinner seg.

I de tilfellene hvor aktivumet befinner seg i en stat som har et formelt eiendomsbegrep og anerkjenner eiendomsforbehold, kan det være komplisert å vurdere hvorvidt eiendomsforbeholdet er beskyttet mot kreditorekstinksjon. Slike stater anser dette som en hjemmelsmannskonflikt, og ekstinksjon er dermed ikke aktuelt. Selv om forholdet ved en konkurs i Norge faller inn under artikkel 5, er det derfor gode grunner for å anvende særreguleringen i artikkel 7 nr. 1 når aktivumet befinner seg i en stat med et formelt eiendomsbegrep. Det eneste den norske bobestyreren da må få avgjort er hvorvidt eiendomsforbeholdet er gyldig stiftet etter reglene i staten der aktivumet befinner seg. Så lenge eiendomsforbeholdet er gyldig stiftet etter reglene i *lex rei sitae* innebærer artikkel 7 nr. 1 at det ikke skal berøres av den norske konkursåpningen.

Hvis aktivumet befinner seg i en stat som har et funksjonelt eiendomsbegrep og omklassifiserer eiendomsforbehold til å være en panterett på samme måte som i Norge, er det derimot mest naturlig å anvende EFK artikkel 5. I et slikt tilfelle vil også *lex rei sitae* betrakte forholdet som en dobbeltsuksjesjonskonflikt, og anse eiendomsforbeholdet som en avgrenset rett utledet fra skyldneren (kjøperen). Det avgjørende er da hvorvidt rettigheten er tredjemanns ”tinglige ret” i forordningens forstand, det vil si at den er behørig sikret mot kreditorekstinksjon etter reglene i *lex rei sitae*.

Hvorvidt det er mest naturlig å anvende artikkel 5 eller 7 er primært et systematisk spørsmål, da virkningen i begge artiklene er at eiendomsforbeholdet ikke skal berøres av den norske konkursåpningen. Dette er den samme virkningen som er foreskrevet i artikkel 5 og skal forstås på samme måte, jf. ovenfor i punkt 4.2.2. De norske reglene om legalpant for boomkostninger, salg med utslettende virkning for udekkede heftelser og sperrefrist for

panthavers realisering får dermed ikke anvendelse på et aktivum som befinner seg i en annen medlemsstat.¹⁹³

5.2.3 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

Når insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat og aktivumet befinner seg i Norge, er det konkursåpningsstatens rett som er bestemmende for boets beslagsrett og konkursåpningens virkning på skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser, jf. hovedregelen i artikkel 4. Det norske synet på eiendomsforbehold er derfor uten betydning når konkursboet skal avgjøre hva som ”tilhører skyldneren”. Et forhold som ville blitt omklassifisert i Norge kan således bli stående etter *lex fori concursus*.

I dette kapittelet forutsetter jeg at konkursåpningen har skjedd i en stat som anerkjenner eiendomsforbehold, og ikke anser aktiva det er tatt et eiendomsforbehold i for å tilhøre skyldneren (kjøperen). Forholdet faller dermed utenfor virkeområdet til artikkel 5. Det avgjørende for hvorvidt selgerens rettighet ikke skal berøres etter artikkel 7 nr. 1 er om det er tatt et gyldig eiendomsforbehold etter reglene i *lex rei sitae*. I det følgende gjør jeg derfor rede for de norske reglene som vil kunne bli aktuelle ved en slik vurdering.

Hvis konkursen er åpnet i en stat med et funksjonelt eiendomsbegrep som omklassifiserer eiendomsforbehold til å være en sikkerhetsrett, er det en dobbeltsuksjonskonflikt. Dermed faller forholdet innenfor virkeområdet til artikkel 5. Siden Norge også omklassifiserer eiendomsforbehold til å være en begrenset rettighet, jf. rett ovenfor, er det naturlig å la artikkel 5 få anvendelse når aktivumet befinner seg i Norge. Spørsmålet er da om det norske eiendomsforbeholdet er tredjemanns ”tinglige ret”, det vil si beskyttet mot kreditorekstinksjon. Som forklart under punkt 4.3.2 ovenfor er det i Norge avgjørende hvorvidt tredjemann har fått rettsvern for sin rettighet.

Når *lex fori concursus* anerkjenner eiendomsforbehold behandler konkursboet spørsmålet som en hjemmelsmannskonflikt. Når det skal avgjøres hva som skal til for at

¹⁹³ Se punkt 4.4.3 ovenfor.

eiendomsforbeholdet er gyldig i Norge er det derfor naturlig å ta utgangspunkt i dekn. § 7-7 annet ledd. Denne bestemmer at selgeren har en utvidet hevingsrett overfor boet når han har tatt et ”gyldig forbehold om tilbakeføring av ytelsen”. Siden det er *lex rei sitae* som avgjør hva som er et gyldig eiendomsforbehold etter forordningen, faller de forbehold som er gyldige etter denne bestemmelsen innunder artikkel 7 nr. 1.

Hvis det er en løsørejenstand som har blitt solgt til skyldneren medfører ”gyldig forbehold om tilbakeføring” i dekn. § 7-7 annet ledd at det må være tatt salgspant i aktivumet.¹⁹⁴ Et eiendomsforbehold i løsøre er ikke gyldig i norsk rett hvis det ikke er stiftet i samsvar med pantelovens regler om salgspant. Dette fordi alle eiendomsforbehold i løsøre i norsk rett blir omklassifisert til å være et salgspant etter pantel. § 3-22 første ledd.¹⁹⁵ Jeg omtaler derfor kort de krav panteloven stiller for at et salgspant skal være gyldig.

For det første setter pantel. § 3-14 visse skranker for hvilke krav som kan sikres ved at det bare er selgerens krav på kjøpesummen, samt lån som tredjeperson har ytet til dekning av kjøpesummen, som kan sikres ved et salgspant i aktivumet.

For det andre kan det etter pantel. § 3-15 ikke gyldig avtales salgspant i realregistrerbart løsøre eller løsøre som er beregnet på videresalg.

For det tredje er det et krav om at salgspantet må ha fått rettsvern for at det skal stå seg i forhold til konkursboet. I og med at *lex fori concursus* betrakter eiendomsforbehold som en hjemmelsmannskonflikt kan dette virke unaturlig, da beskyttelse mot kreditorekstinksjon ikke har betydning i forhold til skyldnerens hjemmelsmenn. Det er imidlertid norsk rett

¹⁹⁴ I NOU 1972: 20 s. 320 uttales det dekn. § 7-7 annet ledd særlig sikter til ”eiendomsforbehold i sikringsøyemed”, da denne kom før panteloven av 1980. I Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 187 er dette endret til at den særlig sikter til salgspant.

¹⁹⁵ Også avtaler om finansieringsleie (leasing) vil være et ”gyldig forbehold om tilbakeføring” i dekningslovens forstand. Etter pantel. § 3-22 annet ledd får reglene om salgspant tilsvarende anvendelse på avtaler om finansieringsleie.

som skal avgjøre om salgspantet er gyldig, og i Norge ser vi på konflikten som en dobbeltsuksessjonskonflikt. Rettsvern er nødvendig for at det skal være tale om et ”gyldig forbehold om tilbakeføring” etter dekl. § 7-7 annet ledd, selv om denne bestemmelsen utgjør en del av reguleringen av skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser.¹⁹⁶

Det følger av pantel. § 3-17 første og annet ledd at rettsvernkravet er avtale om salgspant. Ved forbrukerkjøp må avtalen være skriftlig ved overlevering, og ved andre kjøp skal den nedtegnes skriftlig uten ugrunnet opphold. Dersom løsørestanden er en motorvogn må salgspantet i tillegg tinglyses på kjøperens blad i Løsøreregisteret, jf. pantel. § 3-17 tredje ledd.

Eiendomsforbeholdet faller innunder artikkel 7 nr. 1, når vilkårene i panteloven er iaktatt. Dette medfører at det ikke skal berøres av en insolvensbehandling innledet i en annen medlemsstat. Hvis et eiendomsforbehold i løsøre derimot er tatt i strid med pantelovens regler er det ikke et gyldig eiendomsforbehold etter norsk rett, og forholdet faller utenfor artikkel 7 nr. 1. Lovvalget legges da til konkursåpningsstaten etter hovedregelen i artikkel 4.

At selgeren kan få en utvidet hevingsrett hvis han har tatt ”gyldig forbehold om tilbakeføring” gjelder også fast eiendom. Forbehold i fast eiendom kan således også være eiendomsforbehold som faller inn under artikkel 7 nr. 1. Etter pantel. § 1-2 er det bare panteretter som er hjemlet i panteloven som gyldig kan stiftes, og siden pantel. § 3-14 bare omtaler løsøre kan ikke pantelovens bestemmelser om salgspant anvendes på fast eiendom.¹⁹⁷ En annen sak er at selgeren og kjøperen (skyldneren) kan ha avtalt at selgeren skal ha pant i eiendommen for restkjøpesummen etter de alminnelige reglene om avtalepant i fast eiendom, jf. pantel. kap 2. Den faste eiendom tilhører da kjøperen (skyldneren), og faller innenfor virkeområdet til artikkel 5.

¹⁹⁶ Andenæs 1999 s. 142-143.

¹⁹⁷ Skoghøy 2008 s. 113. I Rt. 1992 s. 770 særlig s. 773-774 reiste Høyesterett spørsmålet om pantelovens bestemmelser på salgspant kunne anvendes analogisk på fast eiendom, uten å besvare det.

Selv om et eiendomsforbehold i fast eiendom ikke kan omklassifiseres til å være et salgspant etter de panterettslige reglene, kan det være et ”gyldig forbehold om tilbakeføring” i dekl. § 7-7 annet ledd forstand på grunn av regelen i tingl. § 21 tredje ledd.¹⁹⁸ Tingl. § 21 tredje ledd omhandler selgerens forbehold ved avhendelse, og skal etter tingl. § 23 første ledd første punktum gjelde tilsvarende når den nye eier går konkurs. Uavhengig av om forholdet betraktes som en hjemmelsmannskonflikt er rettsvern (beskyttelse mot kreditorekstinksjon) avgjørende for om det er tatt et ”gyldig forbehold om tilbakeføring” etter dekl. § 7-7 annet ledd, og dermed for om det er tatt et eiendomsforbehold i forordningens forstand.

Et forbehold ved avhendelse får etter tingl. § 21 tredje ledd rettsvern *enten* når det er innført i dagboken (tinglyst) senest samme dag som rettservervet utledet fra den nye eier *eller* fremgår av hjemmelsdokumentet (skjøtet). Dette innebærer at tinglysning ikke er nødvendig, og at selgeren i realiteten har rettsvern for forbeholdet så lenge skjøtet ikke er overgitt. Selgeren kan påføre forbeholdet på skjøtet så lenge han sitter på det.¹⁹⁹

Når et forbehold ved avhendelse av fast eiendom har fått rettsvern etter tingl. § 21 tredje ledd, skal det etter artikkel 7 nr. 1 ikke berøres i en insolvensbehandling åpnet i en annen medlemsstat. Verken norske eller utenlandske regler som berører forbeholdet kan da få anvendelse. Hvis forbeholdet ikke har fått rettsvern er det derimot ikke konkursåpningsstatens rett som regulerer forholdet slik det var for løsøre. I artikkel 8 er avtaler vedrørende fast eiendom unntatt fra hovedregelen om at konkursåpningsstatens rett

¹⁹⁸ Andenæs 1999 s. 144.

¹⁹⁹ Falkanger/Falkanger 2007 s. 611, Andenæs 1999 s. 145. Andenæs skriver at det er tilstrekkelig at skjøtet ikke er tinglyst, men det følger av ordlyden at dersom forbeholdet ikke er tinglyst må det ”fremgå” av hjemmelsdokumentet. Selgeren vil ikke ha anledning til å påføre forbeholdet når skjøtet er overlevert, med mindre han samarbeider med kjøperen om å få det påført.

regulerer skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser, og lovvalget legges til staten der aktivumet befinner seg (Norge).²⁰⁰

5.2.4 Oppsummering

Ettersom flere av forholdene beskrevet overfor faller inn under artikkel 5, får artikkel 7 nr. 1 begrenset betydning for norsk retts vedkommende. Det er derfor nødvendig å bryte med strukturen i de øvrige kapitlene, og her gi en kort oppsummering av i hvilke tilfeller artikkel 7 nr.1 får selvstendig betydning når konkursen har en tilknytning til Norge.

Når insolvensbehandlingen er innledet i Norge får artikkel 7 nr. 1 bare selvstendig betydning når aktivumet befinner seg i en stat som anerkjenner eiendomsforbehold. Siden beskyttelse mot kreditorekstinksjon ikke er relevant i slike stater (selgeren har eiendomsretten), ville det i en slik situasjon kunne være komplisert å anvende artikkel 5. Når insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat, og aktivumet befinner seg i Norge, får artikkel 7 nr. 1 bare selvstendig betydning dersom konkursåpningsstaten anerkjenner eiendomsforbehold. Hvis konkursåpningsstaten anerkjenner konstruksjonen vil forholdet kunne falle utenfor virkeområdet til artikkel 5 fordi aktivumet ikke anses å tilhøre kjøperen (skyldneren).

5.3 Når skyldneren er selger – EFK artikkel 7 nr. 2

5.3.1 Innholdet i EFK

EFK artikkel 7 nr. 2 regulerer virkningene av at det åpnes insolvensbehandling overfor en selger av et aktivum, når aktivumet på tidspunktet for innledningen av insolvensbehandlingen befinner seg i en annen medlemsstat. Åpningen av

²⁰⁰ Artikkel 8 behandles i kapittel 6 nedenfor.

insolvensbehandlingen skal ikke kunne medføre at salget oppheves eller forhindre at kjøperen erverver eiendomsretten til det solgte aktivumet. Dette er dermed ikke en regel om lovvalg, heller ikke en negativ lovvalsregel om at rettigheten ikke skal berøres, men en regel som medfører en ensartet materiell behandling av slike tilfeller i alle medlemsstater.²⁰¹ Reguleringen gjelder aktiva på vei ut av boet, og er derfor en dobbeltsuksesjonskonflikt uavhengig av hvilket syn de ulike statene har på eiendomsrettens overgang.

Artikkel 7 nr. 2 gjelder alle typer aktiva, men får bare anvendelse når aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten.²⁰² Hvis det åpnes en sekundær insolvensbehandling i staten der aktivumet befinner seg er aktivumet i konkursåpningsstaten, og artikkel 7 nr. 2 får ikke anvendelse.²⁰³ Det er konkursåpningsstatens lovvalsregler utenfor forordningen som får anvendelse når aktivumet befinner seg i en stat som ikke er en medlemsstat.²⁰⁴ Reguleringen i artikkel 7 nr. 2 skal etter artikkel 7 nr. 3 ikke være til hinder for at spørsmål om omstøtelse styres av konkursåpningsstatens rett etter artikkel 4 nr. 2 bokstav m, med den begrensning som følger av artikkel 13.²⁰⁵

Det første som må avgjøres er om man skal forstå artikkel 7 nr. 2 slik at den gjelder generelt, eller om virkeområdet er begrenset til situasjoner hvor konkursboet får en rett til tilbakeføring som en følge av at selgeren (skyldneren) har tatt et eiendomsforbehold. Artikkel 7 nr. 2 nevner ikke eiendomsforbehold, og hvis den skal forstås etter ordlyden gjelder den generelt slik at en kjøper alltid er beskyttet mot et utenlandsk konkursbo når aktivumet er levert. Overskriften til bestemmelsen er imidlertid "Eiendomsforbehold", og

²⁰¹ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 112.

²⁰² Hvordan det avgjøres hvor et aktivum befinner seg er omtalt i punkt 4.2.4 ovenfor.

²⁰³ Se nærmere om sekundære insolvensbehandlinger i punkt 2.4.3 ovenfor.

²⁰⁴ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 93.

²⁰⁵ Artikkel 13 er omtalt nedenfor i kapittel 8.

dette er et moment som taler for at den bare er ment å gjelde situasjoner hvor selgeren har tatt et eiendomsforbehold.²⁰⁶

Systematikken i forordningen taler også for at den bare omfatter situasjoner der konkursboet krever tilbakeføring som en følge av selgerens (skyldnerens) eiendomsforbehold. Hvis artikkel 7 nr. 2 tolkes slik at den gjelder generelt, er konsekvensen at forordningen innfører en materiell konkursregel om hva som skal til for at kjøpere er beskyttet mot kreditorekstinksjon. Dette har neppe vært meningen. Det ville vært mer naturlig å plassere en slik regulering under artikkel 5, da det i praksis ville blitt bestemt at levering alltid medførte at eiendomsretten ble tredjemanns ”tinglige ret”. En materiell regel om at kjøpere alltid var beskyttet ved levering ville særlig endret medlemsstatenes regulering med hensyn til fast eiendom og realregistrerbart løsøre, der hvor beskyttelse vanligvis oppnås ved tinglysning.²⁰⁷

Jeg foregriper her deler av behandlingen av norsk rett for å illustrere konsekvensen av at artikkel 7 nr. 2 ikke tolkes innskrenkende som her, men at den forstås slik at den gjelder generelt. Når det gjelder løsøre som befinner seg i Norge er bestemmelsen uproblematisk: en norsk kjøpers eiendomsrett til aktivumet er alltid beskyttet ved overlevering (i visse tilfeller tidligere som en følge av ”interesselæren”), og kjøperens beskyttelse overfor konkursboet ville da allerede fulgt av artikkel 5. Med hensyn til fast eiendom blir forholdet annerledes. Etter norsk rett får en kjøper av fast eiendom beskyttelse mot kreditorekstinksjon ved tinglysning, jf. tingl. § 23, og det er dermed dette som skal til for at det skal være tale om tredjemanns ”tinglige ret” i artikkel 5. Hvis artikkel 7 nr. 2 tolkes slik at kjøperens eiendomsrett alltid er beskyttet ”etter levering” ville dette i så fall medført at en norsk kjøper av fast eiendom alltid er beskyttet mot et utenlandsk

²⁰⁶ Bang-Pedersen 2002 skriver på s. 574 at det er tvilsomt om artikkel 7 nr. 2 gjelder ved annet enn kjøp med eiendomsforbehold under henvisning til artikkeloverskriften. I *norsk rett* er det antatt at en bestemmelses virkeområde ikke nødvendigvis kan utledes fra overskriften, se som eksempel Rt. 1987 s. 35 (Eltema).

Overskriften vil likevel være et tolkningsmoment som sammen med andre momenter, for eksempel den aktuelle regulerings systematikk, kan medføre at man bør tolke en bestemmelses virkeområde innskrenkende.

²⁰⁷ Moss/Fletcher/Isaacs 2009 synes på s. 69 å forutsette denne løsningen, da det står at artikkel 7 nr. 2 får anvendelse når selgeren har eiendomsretten ”due to the effects of an ROT [Retention Of Title] clause”. I samme retning Fletcher 2005 s. 413, Israel 2005 s. 283 og Balz 1996 s. 511. Virgos/Garcimartin 2004 er på s. 109 uklar med hensyn til hvordan artikkel 7 nr. 2 bør forstås.

konkursbo når han har overtatt besittelsen. Dette utvider nasjonale kreditorers beskyttelse, på bekostning av de utenlandske, og dette har neppe vært meningen ved utformingen av artikkel 7 nr. 2.²⁰⁸

Etter dette innebærer reguleringen i artikkel 7 nr. 2 at selgerens konkursbo aldri kan kreve et levert aktivum tilbakeført *som en følge* av at selgeren har tatt et eiendomsforbehold. Reguleringen erstatter regler om dette i *både* *lex fori concursus* og *lex rei sitae*. Dette gjelder uavhengig av om kjøperen har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon, og artikkel 7 nr. 2 kommer i tillegg til det som er sagt om tredjemenns ”tinglige rettigheter” ovenfor i kapittel 4. Hvis kjøperen ikke oppfyller sine forpliktelser etter avtalen, er ikke artikkel 7 nr. 2 til hinder for at konkursboet kan kreve tilbakeføring i samme utstrekning som selgeren kunne krevet det.

Artikkel 7 nr. 2 har et snevert anvendelsesområde i stater som omklassifiserer eiendomsforbeholdet til å være en begrenset rett for skyldneren.²⁰⁹ Når konkursen er åpnet i en slik stat har ikke konkursboet en tilbakeføringsrett som en umiddelbar følge av eiendomsforbeholdet, da eiendomsretten ligger hos kjøperen. Hvis aktivumet befinner seg i en slik stat kan kjøperen få beskyttet sin eiendomsrett mot kreditorekstinksjon, og dermed være beskyttet mot det utenlandske konkursboet i medhold av artikkel 5.²¹⁰

Begrunnelsen for at artikkel 7 nr. 2 er inntatt i forordningen er at i de medlemsstatene som anerkjenner eiendomsforbehold beholder en selger som har tatt eiendomsforbehold (den formelle) eiendomsretten. Når konkursen er åpnet i en slik stat kan det dermed være regler som medfører at selgerens konkursbo kan kreve aktivumet tilbakeført som en følge av at selgeren fortsatt har eiendomsretten.²¹¹ Når aktivumet befinner seg i en slik stat kan ikke

²⁰⁸ Bang-Pedersen 2002 synes på s. 626 å anta at resultatet vedrørende fast eiendom er at kjøperen av dansk eiendom alltid er beskyttet mot et utenlandsk konkursbo etter overtagelse, men her problematiserer Bang-Pedersen ikke anvendelsesområdet til artikkel 7 nr. 2.

²⁰⁹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 108 De ulike synsmåtene på eiendomsrettens overgang er forklart nærmere i punkt 4.3.2.1 ovenfor.

²¹⁰ Se mer om dette under omtalen av de norske forholdene i punktene 5.3.2 og 5.3.3 nedenfor.

²¹¹ Fletcher 2005 s. 413, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 69.

kjøperen få beskyttelse mot kreditorekstinksjon av eiendomsretten, da eiendomsretten fortsatt er hos selgeren. Slike reguleringer medfører en usikker situasjon for kjøpere ved en grenseoverskridende konkurs, og det er denne uklarhet artikkel 7 nr. 2 søker å avklare.

Virkeområdet til artikkel 7 nr. 2 er videre begrenset til å gjelde hvor insolvensbehandlingen innledes ”etter levering av aktivet”.²¹² Hvordan man skal forstå ”etter levering” er ikke omtalt nærmere i forordningens fortale eller Virgos/Schmit-rapporten. Vilkåret er heller ikke problematisert i litteraturen som er gjennomgått i forbindelse med denne oppgaven.

Artikkel 7 nr. 2 retter seg mot en kjøpers beskyttelse i en selgers konkurs. Det er derfor nærliggende å anta at man bør forstå ”etter levering” slik at kjøperen har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon, på samme måte som i forhold til artikkel 5. Som gjort rede for ovenfor er det i en konkurs med tilknytning til en stat som anerkjenner eiendomsforbehold artikkel 7 nr. 2 får størst betydning. Siden eiendomsretten i de statene som anerkjenner eiendomsforbehold ligger hos selgeren har imidlertid kjøperen ingen eiendomsrett han kan få beskyttet mot kreditorekstinksjon i slike stater.

På tross av at det følgelig ikke er mulig for kjøperen å beskytte eiendomsretten etter de reglene som vanligvis gjelder om dette i vedkommende stat, bør ”etter levering” etter mitt syn forstås som en henvisning til reglene om beskyttelse mot kreditorekstinksjon.²¹³ Begrunnelsen for denne fortolkningen er at artikkel 7 nr. 2 medfører at det settes en strek over virkningene til eiendomsforbeholdet når selgeren har gått konkurs. Det er derfor naturlig å behandle situasjonen som om det ikke var tatt noe eiendomsforbehold. Alle medlemsstatene har regler om hva som skal til for at kjøper skal oppnå beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Disse reglene bør derfor anvendes i stedet for selvstendige fortolkninger av begrepet ”etter levering”, som for eksempel at besittelse er det avgjørende.

²¹² ”[A]fter delivery of the asset” i den engelske versjonen, og ”etter det att han har levererat en vara” i den svenske. Skjæringstidspunktet for konkursåpningen er her det samme som ovenfor i punkt 4.2.3.

²¹³ I Norge medfører ”etter levering” således en henvisning til rettsvernsakten for vedkommende formuesgode.

I stater hvor eiendomsretten ikke anses for å ha gått over på kjøper er det tale om en analogisk anvendelse av reglene om kjøpers beskyttelse mot kreditorekstinksjon, og i stater som omklassifiserer eiendomsforbeholdet kan reglene anvendes direkte.

5.3.2 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

Situasjonen er her at det er åpnet konkurs i Norge, og det i en annen medlemsstat befinner seg aktiva skyldneren har tatt et eiendomsforbehold i. Når konkursen er åpnet i Norge er det etter hovedregelen om lovvalget i EFK artikkel 4 norske konkursregler som regulerer alle sider ved konkursen. Norske regler setter uansett de ytre rammene for hvilke rettigheter skyldnerens eiendomsforbehold gir konkursboet, siden artikkel 7 nr. 2 ikke legger lovvalget til en annen stats rett.

Artikkel 7 nr. 2 inneholder en materiell regel som får direkte anvendelse i insolvensbehandlingen. Det må derfor avklares hvorvidt det finnes norske konkursregler som settes til side som en følge av forordningens regulering, eller om norsk konkursrett ikke gir konkursboet rettigheter som avviker fra artikkel 7 nr. 2.

Som gjort rede for ovenfor i punkt 5.2.2 omklassifiserer vi i Norge eiendomsforbehold i løsøre til å være et salgspant etter pantel. § 3-22. I Norge anses selgerens rett for å være en begrenset rett, og aktivumet tilhører kjøperen. Eiendomsforbehold i fast eiendom etter tingl. § 21 tredje ledd blir også betraktet som selgerens begrensede rett. Det å omklassifisere eiendomsforbehold til å være en begrenset rett, medfører at selgeren ikke har eiendomsrett til tingen selv om han har tatt et eiendomsforbehold. Dette endres ikke selv om det åpnes konkurs hos selgeren.

Det finnes ikke norske materielle konkursregler som gir en selgers konkursbo rett til å kreve tilbakeføring eller på annen måte forhindre kjøperen i å få eiendomsretten, som en følge av at selgeren har tatt et eiendomsforbehold. Deknl. § 7-7 annet ledd får *ikke* betydning i denne sammenhengen. Den gjelder bare aktiva på vei inn i boet, og ikke

situasjonen hvor det er selger som er skyldner. Siden aktivumet ikke ”tilhører skyldneren” etter dekl. § 2-2, kan ikke konkursboet kreve tilbakeføring overfor en kjøper som oppfyller sine forpliktelser. Dersom kjøperen misligholder sin betalingsforpliktelse kan boet kreve aktivumet utlevert på samme vilkår som selgeren kunne gjort det før konkurs, men dette faller utenfor virkeområdet til artikkel 7 nr. 2. Så lenge kjøperen ikke misligholder sin forpliktelse overfor selgeren (nå dennes konkursbo), kan ikke konkursboet forhindre at eiendomsretten overføres.

Reguleringen i artikkel 7 nr. 2 får etter dette ikke betydning for en insolvensbehandling som er innledet i Norge. Norske konkursregler gir ikke konkursboet en utvidet rett til tilbakeføring som en følge av at skyldneren har eiendomsforbehold i et levert aktivum. Dermed medfører ikke forordningens regulering noe annet enn det som allerede følger av norsk rett.

5.3.3 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

Situasjonen er her at det er innledet en insolvensbehandling i en annen medlemsstat, og at det befinner seg et aktivum i Norge som skyldneren har tatt et eiendomsforbehold i. Etter hovedregelen i artikkel 4 er det da konkursåpningsstatens regler som i utgangspunktet regulerer alle sider av konkursen. Artikkel 7 nr. 2 har ikke betydning hvis konkursboet ikke har en utvidet rett til tilbakeføring i de tilfellene hvor selgeren har tatt et eiendomsforbehold, jf. det som er sagt om norsk rett ovenfor. Er derimot konkursen åpnet i en stat som anerkjenner eiendomsforbehold, kan det tenkes at konkursboet kan kreve aktivumet tilbakeført i kraft av at skyldneren (selgeren) fortsatt sitter på eiendomsretten.

En kjøper kan få rettsvern for eiendomsretten i et norsk aktivum selgeren har tatt et eiendomsforbehold i. Dette er en følge av at vi i Norge omklassifiserer eiendomsforbehold til å være en begrenset rett for selgeren. Rettsvernskravet for løsøre er etter norsk rett overlevering, men rettsvern kan ofte oppnås tidligere etter den såkalte ”interesselæren”. En kjøper som har fått levert en løsøreobjekt er derfor beskyttet etter artikkel 5 fordi

eiendomsretten er hans ”tinglige ret”. Artikkel 7 nr. 2 gir etter dette ikke kjøpere av løsøre gjenstander som befinner seg i Norge større beskyttelse enn den de allerede har etter artikkel 5.

I Norge får en kjøper av fast eiendom rettsvern ved tinglysning. Slik ”etter levering” i artikkel 7 nr. 2 skal tolkes, er det tilstrekkelig at kjøperen har fått besittelsen. Det kan derfor tenkes tilfeller hvor artikkel 7 nr. 2 får selvstendig betydning for norsk fast eiendom overfor et utenlandsk konkursbo. Siden virkeområdet til bestemmelsen er begrenset til å gjelde de tilfeller hvor konkursboet har en tilbakeføringsrett *som en følge* av eiendomsforbeholdet, er betydning til artikkel 7 nr. 2 imidlertid begrenset.

Ettersom virkeområdet er begrenset forutsetter en anvendelse av artikkel 7 nr. 2 at konkursboet kan ta beslag i aktivumet etter konkursåpningsstatens alminnelige regler om boets beslagsrett. Hvis konkursboet har beslagsrett i en utinglyst eiendom, er ikke artikkel 7 nr. 2 til hinder for at det kan ta beslag. Bestemmelsen får derfor bare betydning hvis konkursåpningsstatens rett avskjærer boets beslagsrett i fast eiendom fra kjøperen får besittelsen, men gir boet en utvidet rett til tilbakeføring hvis skyldneren har tatt et eiendomsforbehold. I en slik situasjon er boets rett til tilbakeføring en følge av eiendomsforbeholdet, og et utinglyst erverv av en norsk eiendom står seg i den utenlandske konkursen etter forordningens artikkel 7 nr. 2.

6 Avtaler vedrørende fast eiendom

6.1 Innledning

Artikkel 8

Aftaler vedrørende fast eiendom

Insolvensbehandlingens virkninger for avtaler, som giver ret til at erhverve fast eiendom eller brugsret hertil, afgøres udelukkende efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor den faste eiendom er beliggende.

Hovedregelen vedrørende skyldnerens kontraktmessige forpliktelser finnes i EFK artikkel 4 nr. 2 bokstav e, hvor insolvensbehandlingens virkninger for skyldnerens ikke oppfylte avtaler er nevnt som et av eksemplene på forhold hvor lovvalget legges til *lex fori concursus*. Når det gjelder avtaler vedrørende fast eiendom er det et unntak fra hovedregelen i artikkel 8. Det bestemmes i artikkel 8 at insolvensbehandlingens virkninger for avtaler som angår eiendomsrett eller bruksrett til fast eiendom utelukkende avgjøres av retten i den stat hvor eiendommen befinner seg. Lovvalget legges med andre ord til *lex rei sitae*.

Som i de foregående kapitler gjør jeg i det følgende først rede for innholdet i forordningens regulering, med sikte på det som er interessant for norske rettsanvendere. Deretter behandler jeg situasjonen hvor det er innledet en insolvensbehandling i en annen medlemsstat, og den faste eiendom befinner seg i Norge. Her gjennomgås de norske reglene som får anvendelse i en utenlandsk konkurs, og reglene som får anvendelse når skyldneren er henholdsvis selger/utleier og kjøper/leier behandles hver for seg. Til sist redegjør jeg kort for hvilke norske rettsregler som i en norsk konkurs *ikke* kommer til anvendelse på en fast eiendom som befinner seg i en annen medlemsstat, og som må erstattes med vedkommende stats rett.

6.2 Innholdet i EFK

Forordningen inneholder ingen definisjon av hva som skal regnes som fast eiendom,²¹⁴ men i de aller fleste tilfeller er det klart hvorvidt eiendommen skal regnes som fast. At forordningen ikke inneholder en definisjon innebærer ikke at statene står fritt til i klassifikasjonen: de må holde seg innenfor det som naturlig kan kalles fast eiendom.

I grensetilfeller kan det oppstå tvil. Dette gjelder særlig dersom det til eiendommen ligger løsøre som det er naturlig at inngår som en del av den faste eiendommen. Lovvalget med hensyn til hvilken stat som skal avgjøre slike spørsmål kan enten følge hovedregelen og legges til konkursåpningsstaten (*lex fori concursus*), eller legges til staten der eiendommen befinner seg i samsvar med unntaket i artikkel 8 (*lex rei sitae*). Dette er et prejudisielt spørsmål, og det følger dermed ikke direkte av artikkel 8 at *lex rei sitae* skal avgjøre spørsmålet. Formuleringen i artikkel 8 forutsetter at det allerede er avklart hvorvidt det er tale om fast eiendom. Når lovvalget er lagt til den stat der eiendommen ligger med hensyn til insolvensbehandlingens virkninger, er det etter mitt syn naturlig at det er denne staten som skal avgjøre hva som er en fast eiendom.²¹⁵

Både insolvensbehandlingens virkninger for avtale om overføring av eiendomsrett og bruksrett faller inn under artikkel 8. Det sondres ikke mellom når skyldneren er debitor eller kreditor i avtaleforholdet. Dette innebærer at artikkel 8 får anvendelse uavhengig av om skyldneren er leier/kjøper eller utleier/selger.

Rettigheter som faller inn under artikkel 5 om ”tinglige rettigheter” eller artikkel 7 om eiendomsforbehold er utenfor virkeområdet til artikkel 8.²¹⁶ Dette fremgår ikke klart av forordningen eller Virgos/Schmit-rapporten, men følger av forordningens system. Det er ikke meningen at artikkel 8 skal gjøre et inngrep i disse artiklenes regulering om at slike

²¹⁴ I den engelske oversettelsen heter det ”immoveable property”, i den svenske ”fast egendom”, og i den tyske ”unbeweglichen Gegenstand”.

²¹⁵ Ds 2007: 6 s. 123 og Israël 2005 s. 283.

²¹⁶ Wood 2007 s. 916, Ds 2007: 6 s. 123.

rettigheter ikke skal berøres, og disse artiklene er dermed *lex specialis* i forhold til artikkel 8.

I dobbeltsuksjonskonfliktene har artikkel 8 begrenset betydning, og det er her forholdet til artikkel 5 som er interessant. I en slik konflikt er skyldneren selger eller utleier, og det er dermed tale om aktiva på vei ut av konkursboet. Den annen part kan i slike tilfeller få beskyttet sin rett mot kreditorekstinksjon. Dersom han har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon er retten hans ”tinglige ret” i forordningens forstand, og rettighetens beskyttelse følger av artikkel 5. Dersom den annen parts rett er et eiendomsforbehold, er den beskyttet etter artikkel 7 nr. 1.

En avtale om rett til å erverve fast eiendom kan etter norsk rett få beskyttelse mot kreditorekstinksjon ved tinglysning, og det samme gjelder leieavtaler, jf. nedenfor i punkt 6.3.2. Dermed har artikkel 8 liten betydning når eiendommen befinner seg i Norge. Artikkel 8 får større rekkevidde hvis eiendommen befinner seg i en stat hvor den obligatoriske retten til å erverve eller leie fast eiendom ikke kan gjøres tinglig. I et slikt tilfelle er ikke avtalen den annen parts ”tinglige ret” som beskyttes av artikkel 5, men avtalens stilling reguleres i stedet av *lex rei sitae*.

Artikkel 8 får størst betydning i hjemmelsmannskonfliktene, og i slike konflikter er det primært forholdet til artikkel 4 som må vurderes. Når skyldneren er kjøper eller leier er aktivumet på vei inn i konkursboet, og kreditorekstinksjon er ikke aktuelt. Forholdet faller dermed utenfor virkeområdet til artikkel 5. Forholdet til artikkel 7 nr. 1 må likevel vurderes når selgerens rett er et eiendomsforbehold.²¹⁷ Etter artikkel 4 er hovedregelen at konkursåpningsstatens rett regulerer hjemmelsmannskonfliktene, men unntaket i artikkel 8 medfører at det er staten der eiendommen befinner seg som er bestemmende i hjemmelsmannskonflikter som har fast eiendom til gjenstand.

²¹⁷ I Norge omklassifiseres eiendomsforbehold til å være selgerens begrensede rett, og er dermed ikke en hjemmelsmannskonflikt etter norsk rett, jf. ovenfor i punkt 5.2.2.

Begrunnelsen for at lovvalget ved avtaler om fast eiendom er lagt til det landet der eiendommen befinner seg er å forebygge konflikt mellom ulike rettspolitiske hensyn som det er lagt vekt på i de ulike medlemsstater. Avtaler vedrørende fast eiendom er ofte underlagt spesiell regulering både av hensynet til partene i avtalen og hensynet til statens interesser.²¹⁸ I de fleste stater er det gitt tvingende rettsregler på grunn av dette aktivumets særlige viktighet, og leietagere og andre svakere avtaleparter er i flere stater gitt et sterkt vern ut fra sosiale hensyn.²¹⁹ I den internasjonale privatrett er det også allment akseptert at spørsmål vedrørende fast eiendom løses av retten i den staten der eiendommen befinner seg.²²⁰

Det er bare virkningene²²¹ av at insolvensbehandling innledes *for avtalen* som skal avgjøres av retten i landet der eiendommen ligger. Lovvalget legges til *lex fori concursus* etter hovedregelen i artikkel 4 når det gjelder andre sider ved insolvensbehandlingen, selv om forholdet kan sies å ha tilknytning til fast eiendom. Således ligger for eksempel artikkel 4 nr. 2 bokstav i om fordringers prioritet, artikkel 4 nr. 2 bokstav m jf. artikkel 13 om omstøtelse og artikkel 4 nr. 2 bokstav k om kreditorenes rettigheter etter avsluttet insolvensbehandling på siden av artikkel 8. Lovvalget legges da til retten i staten hvor konkursen er åpnet.²²²

Muligheten til å kunne åpne en sekundær insolvensbehandling får ikke nevneverdig betydning i forhold til artikkel 8. Sekundære insolvensbehandlinger har en vesentlig betydning i forhold til lovvalgsreglene i de tilfellene hvor lovvalgsreglene bare kommer til anvendelse hvis aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten, og forordningens lovvalgsregler bestemmer at rettigheten ikke skal berøres (se for

²¹⁸ Israël 2005 s. 284, Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 118.

²¹⁹ Paul J. Omar, "Land, Security in Land and the European Regulation on Insolvency Proceedings 2000", *Conveyancer and Property Lawyer*, 2006 s. 353-373 (s. 356-357), Virgos/Garcimartin 2004 s. 124.

²²⁰ Lundgaard 2000 s. 283.

²²¹ I den engelske oversettelsen heter dette "effects".

²²² Virgos/Garcimartin 2004 s. 123.

eksempel artiklene 5 og 7). Etter artikkel 8 er det utelukkende retten i staten der eiendommen ligger som skal regulere forholdet. Reglene som kommer til anvendelse er dermed de samme i en hovedinsolvensbehandling og en sekundær insolvensbehandling. Det er derfor ikke inntatt et vilkår om at eiendommen må befinne seg i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten i artikkel 8.

Det er konkursåpningsstatens lovvalgsregler utenfor forordningen som får anvendelse når eiendommen befinner seg i en stat som ikke er bundet av forordningen.²²³ Som nevnt legger de fleste stater lovvalget til *lex rei sitae* også utenfor forordningen.

6.3 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

6.3.1 Generelt

I dette kapittelet er forholdet at det åpnet konkurs i en annen medlemsstat enn Norge, og skyldneren har fast eiendom beliggende i Norge. I det følgende gjør jeg først kort rede hvor hva som regnes som fast eiendom i Norge. Deretter behandler jeg hvilken betydning artikkel 8 har i dobbeltsuksessjonskonfliktene (skyldneren er selger/utleier). Ved slike konflikter får bestemmelsen et begrenset virkeområde på grunn av reguleringen i artikkel 5. Hjemmelsmannskonfliktene (skyldneren er kjøper/leier) er de konfliktene hvor artikkel 8 får størst betydning, og disse behandler jeg nedenfor i punkt 6.3.3.

Når en fast eiendom befinner seg i Norge er det den norske definisjonen av hva som ligger i ”fast eiendom” som er avgjørende med hensyn til hvilke kontrakter som faller inn under EFK artikkel 8, selv om insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat. I Norge er all grunn og vassdrag fast eiendom, og all fast eiendom skal være tildelt et matrikelnummer i matrikkelen, se lov 17. juni 2005 nr. 101 om eigedomsregistrering

²²³ Se Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 93.

(matrikkeloven) § 2 første ledd jf. § 23.²²⁴ Tidligere var det slik at visse områder ikke var registrert i matrikkelen (bl.a. kirker, statsbanens grunn, m.v.), men fra lov 23. juni 1978 nr. 70 om kartlegging, deling og registrering av grunneiendom (delingsloven) trådte i kraft skal all grunn registreres.²²⁵ Det er likevel ikke slik at en eiendom som ved en feil mangler et slikt nummer, ikke blir ansett for å være fast eiendom.

Det er til dels et skjønnsmessig spørsmål hva som hører med til den faste eiendommen, bortsett fra selve grunnen. Utgangspunktet er at alt som er forbundet med eiendommen på en naturlig måte er en del av denne.²²⁶ Dette innebærer at både naturlige ting som vegetasjon og stein samt unaturlige ting som bygninger og andre menneskeskapte innretninger, er en del av den faste eiendom. Det er likevel et krav om at det er en ”ikke altfor beskjeden fysisk tilknytning, og (...) en viss permanens over tilknytningsforholdet”.²²⁷ Dermed faller for eksempel en anleggsbrakke utenfor, da den ikke kan sies å være en permanent innretning på eiendommen.

Det neste som må avgjøres er i hvilke situasjoner avtaler vedrørende fast eiendom beliggende i Norge faller inn under artikkel 8. Ettersom avtaler som er den annen parts ”tinglige ret” i artikkel 5 faller utenfor virkeområdet, jf. ovenfor, er det klart at ikke alle avtaler som går ut på å erverve eiendomsrett eller bruksrett til fast eiendom omfattes. Dette er et resultat av at bestemmelsen etter sin ordlyd også gjelder dobbeltsuksjesjonskonflikter, og at den annen part her kan få beskyttet sin rett mot kreditorekstinksjon ved rettsvern. Avtaler om pant og andre sikkerhetsretter er utelukket etter ordlyden. Andre avtaler om bruksrett enn leie faller prinsipielt sett inn under artikkel 8, men siden leie er den mest

²²⁴ Matrikkeloven av 2005 har bare delvis trådt i kraft, jf. dens § 50, men det er forventet at den innen kort tid vil være fullstendig trådt i kraft, og dermed erstatte delingsloven av 1978. De bestemmelsene som er relevante her har trådt i kraft. Ordningen med gårdsnummer og bruksnummer er foreslått opprettholdt av departementet i Ot.prp. nr. 70 (2004-2005) på s. 34, men forskriften som skal regulere dette er ennå ikke gitt.

²²⁵ Falkanger/Falkanger 2007 s. 81.

²²⁶ *ibid.* s. 87.

²²⁷ *ibid.* s. 88.

praktiske bruksretten er det bare leie som behandles i denne oppgaven.²²⁸ I det følgende behandler jeg først dobbeltsuksesjonskonflikter vedrørende fast eiendom i Norge, og her er det primært forholdet til artikkel 5 som avklares. Deretter behandler jeg hjemmelsmannskonfliktene, som i Norge er den konflikttypen hvor artikkel 8 har størst betydning.

6.3.2 Skyldneren er selger/utleier

I avtaler hvor skyldneren er selger eller utleier er den annen part skyldnerens suksessor, og konflikten mellom den annen part og konkursboet er en dobbeltsuksesjonskonflikt. Hvis en suksessors rettighet har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon, er rettigheten tredjemanns ”tinglige ret” i forordningens forstand. ”Tinglige rettigheter” faller utenfor virkeområdet til artikkel 8, og hvis den annen part har fått beskyttelse for eiendomsretten eller leieretten til en fast eiendom bestemmer artikkel 5 at verken konkursreglene i *lex fori concursus* eller *lex rei sitae* skal anvendes på forholdet. I det følgende gjøres det rede for hvilke tilfeller i norsk rett som faller innenfor virkeområdet til artikkel 8. Ved avgjørelsen av dette er hva som skal til for at en rettighet i norsk fast eiendom skal bli en tredjemanns ”tinglige ret” det bestemmende.

Som forklart i punkt 4.3.2 ovenfor er det i Norge rettsvern som er avgjørende for om en suksessor er beskyttet mot kreditorekstinksjon, og følgelig for hvorvidt det er tale om ”tinglige rettigheter” i forordningens forstand. For avtaler om kjøp av fast eiendom følger rettsvernkravet av tingl. § 23. Det bestemmes her at dersom en rett som er stiftet ved avtale skal stå seg overfor selgerens konkurs må rettstiftelsen være tinglyst senest dagen før konkursåpning. Har kjøper tinglyst avtalen tidsnok har han dermed rettsvern for ervervet, og således er det hans ”tinglige ret” i EFKs forstand. Siden artikkel 5 om ”tinglige rettigheter” går foran artikkel 8 om avtaler vedrørende fast eiendom, blir

²²⁸ Tomtefeste av norsk eiendom er et eksempel på bruksrett som skal avgjøres av norske regler etter artikkel 8, men som ikke behandles nærmere her.

resultatet at en tinglyst kjøpekontrakt på fast eiendom ikke skal berøres av selgerens konkurs.

I Norge er det altså ikke bare hjemmelsdokumentet (skjøtet) som kan tinglyses, men også selve kjøpekontrakten. En obligatorisk rettighet (avtalen) blir således tinglig, og denne konstruksjonen forekommer så vidt vites ikke i stater med et formelt eiendomsbegrep. Siden avtaler på kjøp av fast eiendom kan få rettsvern, og dermed bli kjøperens ”tinglige ret”, har artikkel 8 mindre betydning i Norge sammenlignet med stater hvor avtalen forblir en obligatorisk rettighet.

Dersom kjøperen *ikke* har fått rettsvern for sitt erverv står ikke avtalen om kjøp seg i konkursen etter tingl. § 23, og boet kan nekte å respektere avtalen.²²⁹ Et utenlandsk konkursbo trenger heller ikke å respektere en utinglyst kjøpsavtale siden avgjørelsen av spørsmål om avtaler vedrørende fast eiendom etter artikkel 8 skal reguleres av *lex rei sitae*. Som en følge av dette benyttes tingl. § 23 ikke bare prejudisielt for å avgjøre om avtalen er av en slik art at den faller inn under artikkel 8. Den anvendes også direkte i den utenlandske konkursen. Det er dermed den norske regelen om at boet ikke behøver å respektere slike avtaler som får anvendelse på forholdet. Dette gjelder uavhengig av hvilke regler konkursåpningsstatens rett har om en konkurs’ virkninger på kjøpsavtaler vedrørende fast eiendom.

Konkursboet har rett til å tre inn i skyldnerens avtaler etter dekl. § 7-3, og dette gjelder tilsvarende når den annen part er skyldnerens suksessor. Konkursboet blir etter dekl. § 7-4 forpliktet på avtalens vilkår ved inntreden. Dermed berøres ikke en tredjemanns rett i strid med artikkel 5 hvis konkursboet trer inn. Velger konkursboet å ekstingvere tredjemanns rett ved å ta beslag, kan den annen part kan heve avtalen etter tingl. § 7-7. Hvis den annen part alt har betalt kjøpesummen, kan han bare få dividende av fordringen, jf. dekl. § 7-7 annet ledd. Har den annen part derimot fått overført, men ikke tinglyst,

²²⁹ Andenæs 1999 s. 170.

eiendomsretten mot å overta pantegjelden på eiendommen, må konkursboet respektere de tinglyste panterettighetene. Konkursboet ekstingverer således eiendommen påheftet tinglyste panterettigheter, se Rt. 2008 s. 586 hvor dette ble resultatet.

Med hensyn til leieavtaler blir stillingen den samme: Dersom leietaker har fått rettsvern for sin rettighet er det tredjemanns ”tinglige ret” og faller inn under artikkel 5. Hvis han ikke har fått rettsvern får artikkel 8 anvendelse. Er leieavtalen tinglyst senest dagen før konkursåpningen har den, som en kjøpsavtale, rettsvern etter tingl. § 23.²³⁰ Det er da artikkel 5 som får anvendelse, og tinglyste leieavtaler på fast eiendom i Norge er ”tinglige rettigheter” i EFKs forstand. Slike skal ikke berøres av den utenlandske konkursåpningen.

Er leieavtalen overhodet ikke tinglyst, eller ikke tinglyst innen fristen, følger det av tingl. § 23 første ledd at det er et unntak fra regelen om tinglysning dagen før konkursåpning for tilfeller nevnt i tingl. § 22. I tingl. § 22 nr. 3 er bruksretter som kan sies opp med tre måneders eller sedvanemessig varsel vernet, så lenge bruken er ”tiltrådt” av den berettigede. Dette medfører at en alminnelig oppsigelig leiekontrakt etter norsk rett står seg i konkurs selv om den ikke er tinglyst. Begrunnelsen for dette unntaket er at boet har tilstrekkelig beskyttelse ved at den trer inn i skyldnerens sted, og derved får anledning til å si opp avtalen. Regelen forhindrer det tungvinte alternativ som ville innebære at alle leiekontrakter må tinglyses hvis ikke leieren skal bli kastet ut på dagen ved utleiers konkurs.²³¹

Leieavtaler som enten er uoppsigelige for utleier eller inneholder en lengre oppsigelsesfrist faller utenfor ordlyden i tingl. § 22 nr. 3. Det er likevel ikke slik at disse avtalene bør ha et dårligere vern enn det de avtalene som faller inn under ordlyden har, da de i utgangspunktet gir leieren en større rett enn oppsigelige avtaler. Slike avtaler bør derfor også være vernet i tre måneder (eventuelt sedvanemessig varsel) uten at rettigheten er

²³⁰ Leieavtaler er en rett som kan tinglyses så lenge den har fast eiendom til gjenstand, jf. tingl § 12.

²³¹ Lilleholt 1999 s. 45.

tinglyst.²³² I Rt. 1984 s. 1495 (kjm.utv.) ville konkursboet kaste ut en leier som hadde en livsvarig utinglyst bruksrett i en fritidseiendom som tilhørte skyldneren, men Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at tingl. § 22 nr. 3 får tilsvarende anvendelse på lengre bruksrettigheter når bruken er tiltrådt.

Etter dette oppstår spørsmålet om leieavtaler som har fått midlertidig rettsvern ved at bruken er tiltrådt er leietakeres ”tinglige rettigheter” slik dette begrepet skal forstås i EFK artikkel 5. Resultatet er i så fall at disse avtalene overhodet ikke skal berøres av konkursen. Som redegjort for ovenfor i punkt 4.3.2 er det i norsk rett rettsvern som er avgjørende for hvorvidt en rettighet er beskyttet mot kreditorekstinksjon, og dermed skal falle inn under artikkel 5. Konsekvensen av at en utinglyst bruksrett blir ansett å være tredjemanns ”tinglige ret” i EFKs forstand er at ingen tiltrådte bruksrettigheter i fast eiendom beliggende i Norge blir berørt av den utenlandske konkursen. Siden artikkel 5 medfører at rettigheten *overhodet ikke* kan berøres, har det utenlandske konkursboet ikke anledning til å si opp leieavtalen hvis den er leierens ”tinglige ret”. Utinglyste bruksrettigheter får dermed et uforholdsmessig sterkt vern i en mellomstatlig konkurs, sammenlignet med det vernet en slik rettighet har i en norsk konkurs.

Etter mitt syn er det midlertidige rettsvernet tingl. § 22 nr. 3 gir anvisning på ikke tilstrekkelig til at det kan kalles det tredjemanns ”tinglige ret” i EFK. I den juridiske litteratur er tiltredelse av bruk i tingl. § 22 nr. 3 blant annet omtalt som en alternativ rettsvernsakt,²³³ men det er likevel ikke naturlig å likestille dette med den alminnelige rettsvernsakten for rettigheter i fast eiendom (tinglysning) når dette skal klassifiseres i forhold til EFK. De hensyn som ligger til grunn for at ”tinglige rettigheter” ikke skal berøres etter artikkel 5, gjør seg ikke gjeldende når det er tale om et vern av midlertidig karakter.

²³² Lilleholt 1999 s. 180, Andenæs 1999 s. 173.

²³³ Andenæs 1999 s. 173. Lilleholt 1999 bruker på s. 175 ikke uttrykket rettsvernsakt, men skriver at tiltredelse av bruken ”gjev (...) ein viss notoritet”, og Falkanger/Falkanger 2007 skriver på s. 617 at disposisjonen har ”vern uten ytterligere rettsvernstiltak”.

Resultatet blir dermed det samme for utinglyste leieavtaler som for kjøpsavtaler som ikke er tinglyst, og det er utelukkende norsk rett som skal regulere forholdet. Dette innebærer at særregelen om midlertidig rettsvern uten tinglysning i tingl. § 23 jf. § 22 nr. 3 må respekteres av det utenlandske konkursboet. Så lenge bruken er tiltrådt har dermed den som i Norge sitter på en bruksrett i en fast eiendom beskyttelse mot at utleierens utenlandske konkursbo ekstingverer bruksretten i tre måneder (eller det som følger av sedvane) etter konkursåpning.

6.3.3 Skyldneren er kjøper/leier

I avtaler hvor skyldneren er kjøper eller leier er den annen part skyldnerens hjemmelsmann, og en konflikt mellom den annen part og konkursboet er følgelig en hjemmelsmannskonflikt. Når det er en hjemmelsmannskonflikt kan ikke en rettighet ha beskyttelse etter artikkel 5 fordi det er tredjemanns ”tinglige ret”, da det i en slik konflikt ikke er tale om at konkursboet ekstingverer en tredjemanns rett. I en hjemmelsmannskonflikt er ikke beskyttelse mot kreditorekstinksjon (rettsvern) av betydning idet det kan tas beslag i alt som tilhører skyldneren, også hvor skyldneren er reell eier, men ikke fremstår som eier utad.²³⁴

Når det gjelder hjemmelsmannskonflikter må man derfor i utgangspunktet falle tilbake på forordningens hovedregel om at *lex fori concursus* regulerer alle sider av konkursen. Artikkel 8 inneholder imidlertid et unntak fra hovedregelen når aktivumet er en fast eiendom. Det er *lex rei sitae* som er bestemmende for konkursåpningens virkninger på avtaler vedrørende fast eiendom. I det følgende gjør jeg rede for de mest sentrale norske

²³⁴ Det følger motsetningsvis av tingl. § 13 at kreditorbeslag i fast eiendom kan tinglyses selv om skyldneren ikke er hjemmelshaver, da et kreditorbeslag ikke er en ”rettshandel” i bestemmelsens forstand, se Falkanger/Falkanger 2007 s. 518.

reglene som får anvendelse i en konkurs åpnet i en annen medlemsstat, som en følge av unntaket i artikkel 8.

Deknl. kapittel 7 inneholder de norske reglene som regulerer skyldnerens kontraktmessige forpliktelser. Når skyldneren har kjøpt en fast eiendom er den viktigste regelen for konkursboet i dekn. § 7-3 første ledd: Boet har rett til å tre inn i skyldnerens gjensidig tyngende avtaler, og kan således velge om det vil tre inn i skyldnerens kjøpsavtale.²³⁵ Denne regelen kan etter EFK artikkel 8 også påberopes av et utenlandsk konkursbo, slik at de får den samme valgretten.

Selgerens hevingsadgang er regulert i dekn. § 7-7. Etter første ledd er heving avskåret hvis boet trer inn i avtalen, da selgeren i et slikt tilfelle får erlagt kjøperens motytelse som en massefordring i boet, jf. dekn. § 7-4 første ledd. I dekn. § 7-7 annet ledd er det videre bestemt at hevingsadgangen er avskåret hvis selgeren har ”levert sin ytelse”, selv om konkursboet ikke trer inn i avtalen.²³⁶ Reglene om selgerens hevingsrett må sees i sammenheng med hans stansingsrett til egen ytelse, som etter dekn. § 7-2 er i behold frem til ytelsen er ”overgitt” til skyldneren eller dennes bo. Tidspunktet for henholdsvis avskjæring av hevingsretten og stansingsretten er det samme, selv om ordlyden er ulik i de to bestemmelsene.²³⁷

Dekningslovens skjæringspunkt for selgerens hevings- og stansingsrett ved salg av fast eiendom, er det samme som tidspunktet for avskjæring av selgerens hevingsrett ved mislighold fra kjøperens side etter lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhl.) § 5-3 fjerde ledd.²³⁸ I avhl. § 5-3 fjerde ledd er det oppstilt tre alternative tidspunkter for når hevingsretten er avskåret: (1) Når skjøte er tinglyst, (2) når kjøperen

²³⁵ Unntaket i dekn. § 7-3 annet ledd er ikke praktisk ved salg av fast eiendom.

²³⁶ Det er gjort unntak fra dette hvis selgeren har tatt et ”gyldig forbehold om tilbakeføring”. For fast eiendom kan dette gjøres i medhold av tingl. § 21 tredje ledd, behandlet ovenfor under punkt 5.2.3.

²³⁷ Andenæs 1999 s. 142.

²³⁸ Lilleholt 1999 s. 233 flg., Andenæs 1999 s. 144, Falkanger/Falkanger 2007 s. 652.

har fått et tinglysningsklart (men utinglyst) skjøte, eller (3) når kjøperen har overtatt bruken. Selgerens hevingsrett er i behold overfor et konkursbo som ikke trer inn i avtalen, så lenge ingen av de tre alternativene er til stede.

Spørsmålet om selgeren har hevingsretten (og stansingsretten) i behold blir satt på spissen hvis selgeren har solgt den faste eiendom på kreditt. I et slikt tilfelle vil boet regulært ikke tre inn i avtalen. Hvis selgeren ikke kan stanse eiendommen på vei inn i boet og heve avtalen, er det reglene i *lex fori concursus* som avgjør hvorvidt hans krav på kjøpesummen er en dividende- eller massefordring. Artikkel 8 gjelder bare reglene om *avtalens* stilling i konkurs, og når boet ikke behøver å respektere denne etter de norske reglene er også prioriteringen av krav m.v. opp til konkursåpningslandets rett.

Siden artikkel 8 bestemmer at det utelukkende er *lex rei sitae* som regulerer konkursens virkninger på avtaler vedrørende fast eiendom, kan det tenkes tilfeller hvor selgeren stilles dårligere enn hvis det var konkursåpningslandet som regulerte forholdet. Dersom selgeren har hevingsretten i behold etter reglene i *lex fori concursus* (for eksempel fordi denne først blir avskåret ved tinglysing), kan det utenlandske konkursboet ta beslag i en eiendom beliggende i Norge så lenge hevingsretten er avskåret etter de norske reglene (for eksempel fordi skyldneren har overtatt bruken). Dette kan likevel ikke sies å være en urimelig regulering, da selgeren bare trenger å forholde seg til reglene i landet der eiendommen ligger. Selgeren stilles følgelig ikke dårligere enn han ville gjort ved en nasjonal konkurs.

EFK artikkel 8 får også anvendelse på en leiekontrakt i fast eiendom beliggende i Norge, og det er utelukkende norsk rett som skal regulere forholdet. Som for eiendomskjøp er ikke den annen parts rettsvern en aktuell problemstilling når skyldneren er leier, da det er tale om en hjemmelsmannskonflikt. Etter dekl. § 7-10 første ledd trer boet inn i skyldnerens leieavtaler inngått i ervervsvirksomhet uten særskilt vedtagelse, så lenge det ikke innen fire uker etter konkursåpningen erklærer at det ikke vil tre inn. Etter annet ledd må konkursboet, selv om det erklærer å ikke tre inn, utrede leien som en masseforpliktelse

frem til eiendommen er stilt til rådighet for utleieren. Dersom boet har trådt inn i avtalen er det ikke bundet av avtalens regler om oppsigelse, da det etter dekl. § 7-6 første ledd kan si opp avtalen med sedvanemessig varsel uavhengig av hva som er avtalt mellom utleier og skyldner. Disse reglene gjelder dermed tilsvarende for et utenlandsk konkursbo.

Boets inntreden i leieavtaler til bolig er ikke særskilt regulert i dekningsloven, og boets inntredelsesrett styres derfor av de alminnelige reglene om inntreden i dekl. § 7-3. Etter dekl. § 7-1 får bestemmelsene i kapittel 7 bare anvendelse når ikke annet følger av ”vedkommende rettsforholds egenart”. I forarbeidene til dekningsloven er skyldnerens avtaler om leie av bolig nevnt som en avtale av så personlig karakter at de faller utenfor virkeområdet til kapittel 7.²³⁹ Boet har dermed normalt ikke adgang til å tre inn i skyldnerens avtaler om leie av fast eiendom til bolig.

Hvis konkursboet ikke trer inn i leieavtalen, beror boets beslagsrett i leieavtalen for det første på hvorvidt utleier kan heve avtalen etter dekl. § 7-7. Ved en leieavtale er det naturlig å forstå ”levert” i dekl. § 7-7 annet ledd slik at leieren har overtatt besittelsen. Så lenge skyldneren har besittelsen er dermed utleiers hevingsrett avskåret. For det andre kan beslagsretten (de facto) være begrenset fordi lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleiel.) oppstiller skranker for overføring av leierett. I dekl. § 2-2 er det et vilkår om at aktivumet må kunne omgjøres i penger for at boet skal ha beslagsrett. Selv om dette ikke skulle være et vilkår i lex fori concursus får husleieloven etter artikkel 8 anvendelse, og konkursboet vil neppe ta beslag fordi leieretten ikke har noen verdi for dem hvis den ikke kan omsettes.

Husleieloven § 8-1 bestemmer at overføring av leierett bare kan skje dersom utleier samtykker. Så lenge utleier motsetter seg overføring har derfor leieretten ikke noen verdi for konkursboet. Hvis det i husleieavtalen er avtalt at leieren står fritt til å overføre leieavtalen, eller dette bare kan nektes dersom utleier har saklig grunn, kan konkursboet

²³⁹ Se NOU 1972: 20 s. 313.

påberope seg dette, og leieretten kan da overføres av konkursboet.²⁴⁰ Videre er det etter husleiel. § 8-4 tredje ledd bare når utleier har ”saklig grunn” at han kan nekte å samtykke til overføring av en leierett som overføres sammen med virksomheten som drives der. Hvis det er lønnsomt for konkursboet å realisere skyldneres aktiva som et igangværende selskap, er det også nødvendig å overføre eventuelle leieavtaler. Utleier har i et slikt tilfelle ikke større rett til å motsette seg dette overfor konkursboet enn det han ville hatt overfor skyldneren.

Når boet overfører leieretten som en del av et salg av virksomheten som drives i lokalet, eller det er avtalt at leieren står fritt, kan leieretten dermed omgjøres i penger. Konkursboet kan da ta beslag i leieretten med mindre utleier har saklig grunn. Utgangspunktet er at det skal en del til før utleier anses å ha saklig grunn, og det er bare leierens kvalifikasjoner som beboer som er relevante hensyn.²⁴¹

6.4 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

I dette kapittelet er forholdet at det er åpnet konkurs i Norge, og at skyldneren har fast eiendom i en annen medlemsstat. Hovedregelen i artikkel 4 er at norske materielle konkursregler da skal regulere alle sider av konkursen, men med hensyn til avtaler vedrørende fast eiendom er det etter artikkel 8 retten i landet der eiendommen befinner seg som er avgjørende. I det følgende gir jeg bare en kort oversikt over hvilke norske konkursregler som ikke kommer til anvendelse i en insolvensbehandling innledet i Norge som en følge av artikkel 8. Norske rettsanvendere må derfor sette seg inn i de tilsvarende reglene i konkursåpningsstaten.

Dersom skyldneren er selger eller utleier er det de norske reglene om konkursboets beslagsrett som får anvendelse når insolvensbehandlingen er innledet i Norge. Det norske

²⁴⁰ For en nærmere vurdering se Andenæs 1999 s. 111 med videre henvisninger.

²⁴¹ Se NOU 1993: 4 på s. 162 som viser til det som er sagt om ”saklig grunn” på s. 72 s.s.

konkursboet kan ikke ekstingvere tredjemanns rettighet uten hjemmel i norsk rett. I tillegg er den annen part beskyttet mot det norske konkursboet så lenge han har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon etter reglene i *lex rei sitae*. Denne beskyttelsen følger ikke av artikkel 8 som bare gjelder insolvensbehandlingens virkninger for avtalen, men følger av artikkel 5 om tredjemenns ”tinglige rettigheter”. Hvorvidt konkursboet har rett til å tre inn i den beskyttede avtalen beror på reglene i staten der eiendommen befinner seg. Hvis den annen part ikke har fått beskyttelse mot kreditorekstinksjon, er det etter artikkel 8 reglene i *lex rei sitae* som er bestemmende for hvilken virkning dette skal ha for kjøpsavtalen. Dette får stor betydning hvis den faste eiendom befinner seg i en stat hvor det ikke er mulig å beskytte den obligatoriske retten etter en kjøpekontrakt eller leieavtale mot kreditorekstinksjon, det vil si gjøre avtalen til den annen parts ”tinglige ret” i forordningens forstand.

Når skyldneren er kjøper eller leier er det en hjemmelsmannskonflikt. Artikkel 8 innebærer at i en norsk konkurs får ikke de norske reglene om skyldnerens kontraktsmessige forpliktelser i deknl. kapittel 7 anvendelse på en eiendom beliggende i en annen medlemsstat. Dette kan ha stor betydning ved at de viktige reglene om boets anledning til å tre inn i avtalen og den annen parts hevings- og stansingsrett ikke vil underkastes norske regler, men utelukkende være regulert av retten i den staten der eiendommen befinner seg.

7 Særlig om fast eiendom, skip og luftfartøy

7.1 Innledning

Artikkel 11

Insolvensbehandlings virkninger for rettigheter, som kræves noteret i et offentligt register

Insolvensbehandlings virkninger for skyldnerens rettigheter til fast eiendom, et skib eller et luftfartøj, som kræves noteret i et offentligt register, afgøres efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor registret føres.

Artikkel 14

Beskyttelse af en erhvervende tredjemand

Hvis skyldneren ved en retshandel efter insolvensbehandlings indledning mod modydelse afhænder:

- fast ejendom, eller
- et skib eller et luftfartøj, som kræves noteret i et offentligt register, eller
- værdipapirer, hvis eksistens forudsætter notering i et register, der er reguleret ved lov, afgøres retshandelens gyldighed efter lovgivningen i den medlemsstat, hvor registret føres, eller på hvis område den faste ejendom befinder sig.

Forordningens artikler 11 og 14 behandles samlet i dette kapittelet, da det er en indre sammenheng mellom de to bestemmelsene. Artikkel 11 gjelder insolvensbehandlings virkninger for skyldnerens realregistrerbare faste eiendom, skip og luftfartøy, mens artikkel 14 gjelder beskyttelse av tredjemenn som utleder en rett fra skyldneren i slike aktiva etter konkursåpning.²⁴² Ved at lovvalget legges til registerstaten i både artikkel 11 og 14 inneholder begge unntak fra hovedregelen i artikkel 4. Sammen søker de to bestemmelsene å regulere hvilke av konkursåpningens virkninger som kan registreres i de ulike

²⁴² Artikkel 14 gjelder også visse verdipapirer, men disse vil ikke behandles nærmere her.

medlemsstaters relevante registre, og betydningen av at slik registrering ikke har skjedd ved en grenseoverskridende konkurs.

I det følgende gjør jeg i underkapittel 7.2 rede for innholdet av artiklene 11 og 14, og legger særlig vekt på å få frem samvirket mellom bestemmelsene. I punkt 7.3 behandler jeg deretter de norske reglene som kommer til anvendelse når en konkurs er åpnet i en annen medlemsstat og aktivumet er registrert i Norge. Til sist behandler jeg i punkt 7.4 kort hva norske rettsanvendere må være oppmerksomme på når insolvensbehandlingen er innledet i Norge, og aktivumet befinner seg i en annen medlemsstat.

7.2 Innholdet i EFK

Etter konkursreglene i alle medlemsstatene fratas skyldneren retten til å råde over de aktiva som boet tar beslag i.²⁴³ I en periode etter at insolvensbehandlingen innledes er det likevel skyldneren som har rådigheten over aktivaene. Det tar noe tid før rådigheten fratas ham, for eksempel ved å tinglyse konkursåpningen i relevante registre. Ved en grenseoverskridende konkurs utvides dette tidsrommet ytterligere fordi det tar lengre tid å få oversikt over alle skyldnerens aktiva, og deretter gå til de nødvendige skritt for å frata ham rådigheten.

Medlemsstatene har ulike regler om hvordan en tredjemann som erverver en rett fra skyldneren etter konkursåpning skal stilles. Noen medlemsstater gir boet en ubetinget vindikasjonsrett, mens andre stater lar tredjemann ekstingvere boets beslag hvis han er i god tro eller på lignende vilkår.²⁴⁴ Som hovedregel skal slike spørsmål avgjøres av *lex fori concursus* etter artikkel 4. Artikkel 14 gjør imidlertid unntak fra hovedregelen når aktivumet er fast eiendom eller realregistrerbare skip og luftfartøy. Begrunnelsen for at disse aktivaene er unntatt fra hovedregelen er at de er særlige viktige for kredittgivningen,

²⁴³ Virgos/Garcimartin 2004 s. 138. I norsk rett fratas skyldneren rådigheten etter kkl. § 100.

²⁴⁴ Se for eksempel den engelske Insolvency Act 1986 section 127 som lar avgjørelsen av om boet vindiserer være opp til domstolens skjønn.

og at det er viktig for omsetningslivet å sikre tilliten til realregistrenes positive troverdighet.²⁴⁵ For å sikre at de nødvendige endringer blir registrert, regulerer artikkel 11 hvilke virkninger konkursåpningen skal ha for skyldnerens registrerte rettigheter i fast eiendom, skip og luftfartøy. Hvis *lex fori concursus* skulle være bestemmende også for slike aktiva, kan en tredjemann som handlet i tiltro til den registrerte informasjonen bli frarøvet sin rett. Tilliten til realregistrene ville dermed bli svekket.²⁴⁶ Artikkel 11 og 14 har således et felles formål: Å opprettholde tilliten til nasjonale realregistre.

Det er insolvensbehandlingens virkninger for *skyldnerens* registrerte rettigheter i fast eiendom, skip og luftfartøy som etter artikkel 11 avgjøres av retten i den staten der registeret føres (*lex registrationis*). Artikkel 11 får bare anvendelse så lenge denne staten er en medlemsstat. Tredjemenns registrerte rettigheter i slike aktiva faller utenfor virkeområdet. Reguleringen i artiklene 5 og 7, behandlet ovenfor i punkt 4 og 5, medfører riktignok at tredjemenns registrerte rettigheter som regel heller ikke styres av *lex fori concursus* etter hovedregelen i artikkel 4.²⁴⁷ Artikkel 11 er nokså kronglete formulert, men synes å ta sikte på hva slags virkninger konkursboet kan registrere i de relevante registrene. Den primære funksjonen er å forhindre at virkninger som er fremmede i registerstaten kan registreres.²⁴⁸ I Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 129 er det brukt som eksempel at *lex fori concursus* krever registrering av en lovbestemt panterett på vegne av kreditorfelleskapet, og at dette ikke har hjemmel i *lex registrationis*.²⁴⁹

Til forskjell fra for eksempel artikkel 8 inneholder ikke artikkel 11 tillegget om at det ”udelukkende” er registerstatens rett som skal regulere forholdet. I Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 130 fremgår det at utelatelsen av ordet ”udelukkende” i artikkel 11 er bevisst, og er ment som anvisning på en form for kumulativ anvendelse av *lex fori*

²⁴⁵ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 130 og 141.

²⁴⁶ Fletcher 2005 s. 418, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 75.

²⁴⁷ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 131, Israël 2005 s. 286, Virgos/Garcimartin 2004 s. 132.

²⁴⁸ Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 295.

²⁴⁹ Se også Virgos/Garcimartin 2004 s. 132.

concursum og lex registrationis. Det er disse to rettsystemene sammen som avgjør hvilke virkninger en insolvensbehandling får på skyldnerens rettigheter. I den juridiske litteratur er det også unisont antatt at fraværet av adverbet ”udelukkende” innebærer at de to systemene skal virke sammen.²⁵⁰ Den kumulative anvendelsen innebærer at regler om registrerbare virkninger som følger av lex fori concursus ikke får anvendelse med mindre det er rom for dette i lex registrationis, og at slike regler i lex registrationis bare kan anvendes i den grad det samme følger av konkursåpningsstatens rett.²⁵¹

Artikkel 11 medfører at bobestyreren og den som er ansvarlig for føring av de relevante registrene må samarbeide for å registrere de korrekte virkningene. Det er også antatt at dette er den viktigste funksjonen til artikkel 11, da dette sikrer at registeret gir uttrykk for at det er åpnet en insolvensbehandling. Tilliten til realregistre opprettholdes derved ved at tredjemenn kan innrette seg i tiltro til de nasjonale reglene.²⁵²

Ettersom det etter norsk rett bare er registrering av selve konkursåpningen som er aktuelt, behandles ikke de problemene som kan oppstå ved at ulike stater hjemler ulike registrerbare virkninger nærmere i det følgende. Det er også registrering av konkursåpning som er relevant i forhold til artikkel 14. Så vidt vites er det ikke noen medlemsstats rett som forhindrer konkursboet fra å registrere selve konkursåpningen.

Etter artikkel 14 er det registerstatens rett²⁵³ som er bestemmende for om en tredjemann som *etter konkursåpningen* erverver en rett utledet fra skyldneren i fast eiendom eller realregistrerbare skip og luftfartøy er beskyttet mot et vindikasjonsskrav fra boet. Noen

²⁵⁰ Se blant andre Virgos/Garcimartin 2004 s. 131, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 72, Fletcher 2005 s. 417 og Wood 2007 s. 927.

²⁵¹ Virgos/Garcimartin 2004 s. 131, Israël 2005 s. 287.

²⁵² Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 73, Omar 2006 s. 360, Fletcher 2005 s. 417, Paul Torremans, *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law*, Haag 2002 s. 183.

²⁵³ For fast eiendom er det landet der eiendommer befinner seg (lex rei sitae), men da dette også vil være registerstaten vil bare terminologien registerstaten/lex registrationis benyttes i det følgende.

stater oppstiller krav om at konkursåpningen må være registrert for at boet kan vindisere godtroende tredjemanns erverv, mens andre stater gir konkursboet en ubetinget vindikasjonsrett for disposisjoner over slike aktiva foretatt etter konkursåpning.²⁵⁴ Det er derfor en viktig lovvalgsregel at *lex registrationis* er avgjørende. Så lenge ervervlsen står seg etter *lex registrationis* har således konkursboet ikke anledning til å vindisere tredjemanns rett, og hvis konkursboet kan vindisere etter registerstatens rett kan det gjøre dette uavhengig av hva som bestemmes i *lex fori concursus*.²⁵⁵

I den danske versjonen av forordningen står det at artikkel 14 bare får anvendelse når registerstaten er en "medlemsstat", på samme måte som de tidligere omtalte artiklene. I den engelske versjonen står det imidlertid "State", i motsetning til de andre artiklene hvor aktivumet må befinne seg eller være registrert i en "Member State".²⁵⁶ Dermed oppstår spørsmålet om artikkel 14 får anvendelse også hvor registerstaten ikke er en medlemsstat, eller om dette er en inkurie. Virgos/Schmit-rapporten synes i avsnittene 140 og 141 å forutsette at det er bare medlemsstater som omfattes. Rapporten refererer konsekvent til "contracting state", selv om det i 1995-utkastet også står "State" i artikkel 14. Det er heller ingen grunn til at fast eiendom og realregistrerbare skip og luftfartøy skal behandles annerledes enn aktivaene i de øvrige artiklene, og systematikken i forordningen taler for at artikkel 14 bare skal gjelde medlemsstater. Etter min mening er derfor nærliggende å anta at den språklige variasjonen er en glipp ved utformingen av forordningen, slik at artikkel 14 bare skal gjelde hvor den aktuelle staten er en medlemsstat. Dette er også antatt i den juridiske litteratur.²⁵⁷

²⁵⁴ Norge gir boet en ubetinget vindikasjonsrett, se nedenfor i punkt 7.3.

²⁵⁵ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 141, Israël 2005 s. 289.

²⁵⁶ I den franske, tyske, spanske, portugisiske, svenske og italienske versjonen brukes ordet for stat og ikke medlemsstat, på samme måte som i den engelske. I den nederlandske versjonen brukes ordet for medlemsstat, på samme måte som i den danske.

²⁵⁷ Virgos/Garcimartin 2004 s. 138, Fletcher 2005 s. 419, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 75, Israël 2005 s. 289.

Det fremgår ikke klart av ordlyden i artikkel 14 om den bare retter seg mot situasjoner hvor det har skjedd en overdragelse til eie, eller om den også omfatter tredjemenn som har fått en begrenset rett i aktivumet etter konkursåpning (typisk en panterett eller bruksrett). Ordlyden i den danske versjonen synes bare å ta sikte på overdragelse til eie ved at det står at den gjelder tilfeller hvor skyldnerer ”afhænder” de omtalte aktiva. De tilsvarende formuleringene i den engelske, svenske og tyske versjonen er mer åpne, da det henholdsvis står ”disposes of”, ”disponerer över” og ”Verfügt über”. I Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 141 i.f. er det uttrykkelig sagt at virkeområdet til artikkel 14 ikke er begrenset til tilfeller hvor det har skjedd en overdragelse til eie, men skal også omfatte tilfeller hvor tredjemann har fått en begrenset rett (”right in rem”). Etter min mening bør artikkel 14 forstås slik at den gjelder overføring av både eiendomsrett og begrenset rett, og dette er også antatt i den juridiske litteratur.²⁵⁸

Artikkel 14 får bare anvendelse hvor tredjemann har ervervet rettigheten i skyldnerens aktiva ”mod modydelse”, og vederlagsfrie overføringer faller følgelig utenfor. Artikkel 14 medfører at de samme reglene får anvendelse uavhengig av hvilken stat konkursen er åpnet i. Dermed får ikke muligheten til å åpne sekundære insolvensbehandlinger betydning i relasjon til reguleringen i artikkel 14.

7.3 Insolvensbehandlingen er innledet i en annen medlemsstat

I dette kapittelet er situasjonen at det er innledet hovedinsolvensbehandling i en utenlandsk medlemsstat, og at skyldneren har fast eiendom i Norge eller skip/luftfartøy som er registrert i Norge. Etter artikkel 11 er det da norske regler om hvilke virkninger insolvensbehandlingen skal ha for skyldnerens registrerte rettigheter som får anvendelse i samspill med *lex fori concursus*. Etter artikkel 14 er det de norske regler som regulerer i hvilken grad konkursboet kan vindisere rettigheter tredjemenn har stiftet i slike aktiva etter

²⁵⁸ Se blant annet Fletcher 2005 s. 419, Virgos/Garcimartin 2004 s. 139, Israël 2005 s. 289, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 76.

konkursåpningen. I det følgende gjør jeg først rede for de norske reglene om registrering av insolvensbehandlingen i norske registre. Deretter behandler jeg reglene om konkursboets vindikasjonsrett for rettigheter i fast eiendom, skip og luftfartøy etablert etter konkursåpning.

Etter kkl. § 79 andre ledd nr. 3 har føreren av Konkursregisteret ansvar for å tinglyse konkursen i grunnboken når skyldneren eier fast eiendom.²⁵⁹ Kkl. § 79 andre ledd nr. 3 omhandler bare fast eiendom som skyldneren "eier". Føreren av Konkursregisteret må derfor ikke registrere konkursåpningen i grunnboken til eiendommer hvor skyldneren har en begrenset rett som en panterett, leierett, m.v.²⁶⁰ Dersom skyldneren ikke har grunnbokshjemmelen som eier, men er reell eier av eiendommen, har ikke føreren av Konkursregisteret plikt til å sørge for at skyldneren blir registrert som eier med påfølgende registrering av konkurs.²⁶¹

All fast eiendom skal ha et matrikkelnummer i matrikkelen, og er således registreringspliktig, se punkt 6.3.1 ovenfor. For at en tredjemanns erverv av rettigheter stiftet ved avtale skal stå seg i konkurs hos skyldneren må ervervet etter tingl. § 23 innføres i dagboken senest dagen før konkursåpning for at konkursboet skal måtte respektere det. Dette gjelder uavhengig av om det er skyldneren som har grunnbokshjemmelen (så lenge skyldneren er reell eier).²⁶² Vedrørende panteretter følger tinglysningskravet også av pantel. § 2-5. Når ervervet har skjedd etter konkursåpningen er det naturlig nok ikke mulig for tredjemann å tinglyse det tidsnok, og boet kan dermed vindisere tredjemanns rett.²⁶³

²⁵⁹ Frem til denne bestemmelsen trådte i kraft 1. mars 2008 hvilte denne plikten på bobestyreren.

²⁶⁰ Wiker/Ro 2003 s. 294.

²⁶¹ *ibid.* s. 294.

²⁶² Det gjøres unntak fra tinglysningskravet for forhold som faller inn under tingl. § 21 tredje ledd og tingl. § 22, men disse unntakene vil ikke behandles nærmere her.

²⁶³ Lilleholt 1999 s. 51.

Hvis konkurslovens regel om tinglysing av konkursåpningen ikke overholdes har det ikke betydning for boets beslagsrett etter tingl. § 23. Kkl. § 79 er derfor bare en ordensforskrift.²⁶⁴ I de tilfeller hvor skyldneren har solgt en eiendom han eier, og erververen ikke tinglyser sitt erverv før etter konkursåpning, kan følgelig boet ta beslag i eiendommen uavhengig av om konkursåpningen er registrert i grunnboken. Det samme gjelder klarligvis hvor det er tale om en overføring av skyldnerens begrensede rettigheter, hvor tinglysing av konkursen ikke er pålagt etter konkurslovens regler. Regelen om at godtroende erververe i visse tilfeller kan vinne rett etter kkl. § 100 andre ledd får ikke anvendelse, da det i samme bestemmelses fjerde ledd er sagt at paragrafen ikke endrer vilkårene for å oppnå rettsvern i forhold til konkursboet.

Både skipsregisteret og luftfartøyregisteret er slike realregistre som bobestyreren etter kkl. § 79 tredje ledd nr. 1 har ansvar for å registrere konkursen i. Skip over 15 meter *må* registreres i skipsregisteret, jf. lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøl.) § 11 andre ledd, men mindre skip *kan* også registreres, jf. sjøl. § 11 tredje ledd. Er først et skip registrert i skipsregisteret får reglene i sjøloven anvendelse selv om skipet ikke er registreringspliktig.²⁶⁵ Etter lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsl.) § 3-1 første ledd skal det føres et register over norske luftfartøy. Hva som regnes som norske luftfartøy følger av luftfartsl. § 3-2. Det er ingen formell plikt til å registrere luftfartøy i luftfartøyregisteret, men i realiteten må luftfartøy registreres siden det etter luftfartsl. § 3-15 første ledd kreves registreringsbevis for å bruke fartøy til luftfart i Norge.²⁶⁶

Sjøl. § 25 første ledd og luftfartsl. § 3-31 første ledd inneholder en regel som er bygget over samme lest som tingl. § 23. Etter disse må frivillige rettsstiftelser være innført i dagboken senest dagen før konkursåpning for at de skal stå seg i konkurs.²⁶⁷ Det er dermed

²⁶⁴ Andenæs 1999 s. 170, Sjur Brækhus, *Omsetningskollisjoner I og II*, Oslo 1998, s. 211.

²⁶⁵ Brækhus 1998 s. 146.

²⁶⁶ *ibid.* s. 155.

²⁶⁷ For skip og luftfartøy er det gjort unntak fra tinglysningskrav for de tilfeller som er nevnt i henholdsvis sjøl. § 24 tredje, fjerde og femte ledd og luftfartsl. § 3-27 tredje, fjerde og femte ledd.

heller ikke her et krav om at konkursen må registreres for at ikke en avtaleerhverver kan ekstingvere boets beslag. På samme måte som regelen omtalt ovenfor om fast eiendom er regelen om registrering av konkursåpningen i skipsregisteret og luftfartøyregisteret dermed bare en ordensforskrift, som ikke medfører et unntak fra kravet om tinglysing før konkursåpning for å få rettsvern i konkurs. Også for skip og luftfartøy gjelder regelen om tredjemenns rettsvern i konkurs både hvor det er skyldnerens eiendomsrett og hvor det er hans begrensede rett som er overdratt.

Regelen om at tredjemann må ha innført sin rett i dagboken senest dagen før konkursåpning for at den skal stå seg i skyldnerens konkurs er en regel Høyesterett ikke har villet gjøre unntak fra, selv om regelen i enkelttilfeller kan føre til urimelige resultater.²⁶⁸ I Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)²⁶⁹ på s. 275 uttalte Høyesterett vedrørende sjøl. § 25 at det er ”sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere spørsmålet i den enkelte sak, kommer de nokså snart inn i problematiske grensedragninger. Hensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak.” At tingl. § 23 og tilsvarende rettsvernsregler skal forstås etter sin ordlyd ble, under henvisning til blant annet Rt. 1998 s. 268, senest gjentatt i Rt. 2008 s. 586 avsnitt 34.

De norske reglene medfører etter dette at konkursboet kan vindisere rettigheter tredjemenn erverver fra skyldneren etter konkursåpning, uten hensyn til registrering av konkursåpning og den annen parts gode tro. Et konkursbo i en insolvensbehandling innledet i en annen medlemsstat nyter etter artikkel 14 også godt av dette, og kan vindisere tredjemenns rett uavhengig av hva *lex fori concursus* bestemmer. Hvis konkursåpningslandets rett for

²⁶⁸ Andenæs 1999 s. 169, Lilleholt 1999 s. 178, Falkanger/Falkanger 2007 s. 655.

²⁶⁹ Saksforholdet var i korte trekk at assurandøren av et skip hadde utbetalt erstatning til en panthaver, og dermed fått eiendomsrett til skipet. Denne overgangen var ikke dagbokført før konkursåpningen, og boet hevdet derfor at assurandørens eiendomsrett ikke sto seg i konkurs, jf. sjøl. § 25. Assurandøren hevdet på sin side at det måtte gjøres unntak fra denne regelen, da denne her medførte at kreditorene samlet ville få mer enn 100 % dekning.

eksempel har en regel om at godtroende tredjemenn kan ekstingvere boets beslag så lenge de er i god tro, får denne ikke betydning så lenge det er norsk rett som er *lex registrationis*. Dermed er det heller ikke nødvendig å ta stilling til hvorvidt norsk rett gir hjemmel for at andre virkninger av konkursåpningen kan registreres i norske registre (for eksempel et lovbestemt generalpant). Reguleringen i artikkel 11 får følgelig ikke betydning. All den tid det utenlandske konkursboet kan nyte godt av de norske reglene, har det ikke behov for slik registrering.

7.4 Insolvensbehandlingen er innledet i Norge

I dette kapittelet er situasjonen at det er innledet en hovedinsolvensbehandling i Norge, og at skyldneren har fast eiendom i en annen medlemsstat, eller realregistrert skip/luftfartøy i en slik stat. Etter artikkel 11 er det da *lex registrationis* i samspill med norsk rett som bestemmer hva som kan registreres. Siden norsk rett ikke hjemler at konkursboet tar et generalpant eller andre lignende virkninger for skyldnerens registrerte rettigheter, kan ikke det norske konkursboet anvende regler om slike virkninger i registerstatens rett. Å registrere at det har blitt åpnet konkurs er hjemlet i norsk rett. Dette kan derfor registreres på skyldnerens faste eiendommer, skip og luftfartøy som er registrert i andre medlemsstater.

Stillingen til en tredjemann som har ervervet en rett i fast eiendom, skip eller luftfartøy etter konkursåpning reguleres etter artikkel 14 av *lex registrationis*. Dette innebærer at de norske reglene i tingl. § 23, sjøl. § 25 og luftfartsl. § 3-31 om at boet har en ubetinget vindikasjonsrett ikke får anvendelse når aktivumet er registrert i en annen medlemsstat. Hvorvidt konkursboet kan vindisere beror på om det kan gjøre dette etter reglene i registerstaten.

Hvis tredjemenn i god tro kan ekstingvere boets beslag frem til konkursåpningen er registrert etter *lex registrationis*, må det norske konkursboet orientere seg om reglene vedrørende registrering av virkninger for skyldnerens rettigheter i registerstaten. Deretter

må konkursboet i samarbeid med den som er ansvarlig for føringen av de relevante registrene sørge for at de nødvendige skritt blir tatt for å forhindre godtroekstinksjon. Den kumulative bruken av rettsregler artikkel 11 gir anvisning på kommer dermed til anvendelse. I et slikt tilfelle er det følgelig reglene i lex fori concursus og lex registrationis som sammen er avgjørende for hva som kan registreres.

8 Omstøtelse

8.1 Innledning

Artikkel 13

Skadelige handlinger

Artikkel 4, stk. 2, litra m), finder ikke anvendelse, når den, der har nydt godt af en handling, som er til skade for alle kreditorerne, kan godtgøre:

- at nævnte handling er undergivet lovgivningen i en anden medlemsstat end den, hvor insolvensbehandlingen er indledt, og
- at denne lovgivning i det pågældende tilfælde ikke åbner nogen mulighed for at anfægte denne handling.

Etter artikkel 4 nr. 2 bokstav m legges lovvalget vedrørende spørsmål om omstøtelse som hovedregel til konkursåpningslandet. Artikkel 13 inneholder et unntak fra hovedregelen, da den på visse vilkår lar retten i den medlemsstaten som regulerer forholdet utenfor konkurs være avgjørende for om handlingen kan omstøtes.

En innsikt i reguleringen i artikkel 13 er nødvendig for å forstå rekkevidden av disse lovvalsreglene siden flere av lovvalsreglene som gjør unntak fra hovedregelen i artikkel 4 ikke omfatter spørsmål om omstøtelse. Dette kapittelet bryter med systematikken som har vært fulgt tidligere i oppgaven, og inneholder utelukkende en oversikt over innholdet i artikkel 13. Det ligger utenfor denne oppgavens ramme å gi en fullstendig fremstilling av omstøtelsesreglene i deknl. i en mellomstatlig konkurs, og betydningen til artikkel 13 kommer godt nok frem ved at det alene er forordningen som behandles.

I det følgende gjør jeg i punkt 8.2 rede for innholdet i artikkel 13 og hvilken betydning dette har i forhold til de øvrige lovvalgsreglene, før de enkelte vilkår som må være til stede for at bestemmelsen skal komme til anvendelse behandles i punkt 8.3.

8.2 Generelt

Hovedregelen vedrørende omstøtelse står i EFK artikkel 4 nr. 2 bokstav m, omtalt ovenfor i punkt 3.3. Etter denne er det konkursåpningslandets rett som skal regulere hvilke av skyldnerens handlinger som er ugyldige eller kan omstøtes fordi de er skadelige for kreditorfellesskapet.

At konkursåpningslandets rett skal regulere spørsmål om omstøtelse er også hovedregelen i de fleste av tilfellene hvor de øvrige spørsmål skal løses av en annen medlemsstats rett, eller rettigheten ikke skal berøres. Således er det i artiklene 5, 6, og 7 gjort unntak for omstøtelse, slik at avgjørelsen av dette likevel skal gå etter hovedregelen i artikkel 4. Artiklene 8 og 10 har et begrenset anvendelsesområde og er ikke unntatt fra annet enn artikkel 4 nr. 2 bokstav e, og det følger dermed av hovedregelen at spørsmål om omstøtelse vedrørende fast eiendom og arbeidskontrakter går etter *lex fori concursus*. Det er bare artikkel 9 om betalingssystemer og finansielle markeder som legger lovvalget til en annen stat enn konkursåpningsstaten, ved at også omstøtelse av betalinger og transaksjoner skal gå etter de regler som gjelder for det pågjeldende system eller marked.

I artikkel 13 er det gjort unntak fra hovedregelen om at lovvalget vedrørende omstøtelse legges til konkursåpningslandets rett. Det bestemmes her at artikkel 4 nr. 2 bokstav m ikke får anvendelse når den som har nytt godt av handlingen kan bevise at handlingen er underlagt en annen medlemsstats rett (*lex causae* jf. nedenfor under punkt 8.3), og denne retten ikke åpner for å angripe handlingen. Unntaket i artikkel 13 kan få anvendelse på alle spørsmål om omstøtelse, bortsett fra dem som faller inn under artikkel 9 nr. 2. Denne

omhandler omstøtelse av betalinger eller transaksjoner med tilknytning til betalingssystemer eller finansielle markeder.²⁷⁰

Skyldnerens kreditorer kan benytte artikkel 13 til å beskytte seg mot at *lex fori concursus*' regler om omstøtelse blir anvendt for å omstøte handlingen. Begrunnelsen for denne regelen er at kreditorer kan få en berettiget forventning om at handlingen skal stå seg når den er gjennomført i samsvar med alle de regler som finnes for dette i det rettsystemet som regulerer handlingen. At det senere åpnes konkurs i en annen medlemsstat skal ikke kunne gripe inn i den etablerte berettigete forventningen ved å la en annen stats lov få anvendelse, slik at den kan omstøtes likevel.²⁷¹ Siden forordningen søker å beskytte den *etablerte* berettigete forventningen bør artikkel 13 tolkes slik at den bare omfatter handlinger foretatt før insolvensbehandlingsens innledning.²⁷²

Forordningen gir ikke anvisning på en direkte kumulativ anvendelse av de to rettsystemenes regler om skadelige handlingers angripelighet. Det er i stedet snakk om at det rettsystemet som ville kommet til anvendelse utenfor konkurs legger ned "veto" mot angripeligheten som følger av konkursåpningslandets rett.²⁷³ På denne måten søker man å unngå det kontroversielle ved å anvende to sett med rettsregler for å avgjøre hvorvidt en handling er omstøtelig, da en kumulativ anvendelse gjør det vanskeligere for konkursboet å omstøte skadelige handlinger.²⁷⁴

Konkursåpningslandets rett er den eneste som regulerer vilkårene for handlingens omstøtelighet og innholdet og følgene av dette. Virkningen av at artikkel 13 får anvendelse på forholdet er utelukkende at den forhindrer at hjemlene for å omstøte handlingen i konkursåpningslandets rett kan benyttes i et konkret tilfelle. Det er dermed ikke tale om å

²⁷⁰ Virgos/Garcimartin 2004 s. 135.

²⁷¹ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 138.

²⁷² Virgos/Garcimartin 2004 s. 136.

²⁷³ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 136.

²⁷⁴ Fletcher 2005 s. 401, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 74.

anvende reglene om omstøtelse i *lex causae* på forholdet.²⁷⁵ Selv om det på denne måten ikke direkte blir tale om en kumulativ anvendelse, medfører konstruksjonen til dels de samme virkningene som ville oppstått ved en kumulativ anvendelse. I og med at unntaket i artikkel 13 bare kan benyttes av den begünstigede ved handlingen, og ikke kreditorene/konkursboet, har de som nyter godt av skyldnerens handlinger før insolvensbehandlings innledning fått en ekstra beskyttelse.

Det er etter dette bare når *både* konkursåpningslandets rett og den retten som ville fått anvendelse på forholdet utenfor konkurs åpner for å angripe handlingen, at den kan omstøtes.²⁷⁶ Hvis konkursåpningslandets rett ikke gir rom for å omstøte handlingen, men den kan omstøtes etter *lex causae*, kan ikke handlingen omstøtes i medhold av artikkel 13. Den mest presise betegnelsen på virkningen av artikkel 13 er en begrenset kumulativ anvendelse av de to statenes rettsregler.²⁷⁷ Med en slik virkning forsøker man å redusere mange av de problemene en direkte kumulativ anvendelse ville medført som en konsekvens av ulikhetene i medlemsstatenes regler om omstøtelse.

Artikkel 13 får ikke anvendelse dersom den retten som regulerer handlingen ikke er en medlemsstats rett siden forordningen bare får anvendelse ved en grenseoverskridende konkurs mellom medlemsstatene. Det er i slike tilfeller opp til konkursåpningslandets lovvalgsregler i konkurs å avgjøre hvilket lands regler lovvalget skal legges til.²⁷⁸

8.3 De enkelte krav i bestemmelsen

Artikkel 13 inneholder et innledningsavsnitt og to strekpunkter med kumulative vilkår for at den ellers omstøtelige handlingen likevel ikke skal kunne omstøtes.

²⁷⁵ Israël 2005 s. 287.

²⁷⁶ *ibid.* s. 287.

²⁷⁷ Balz 1996 s. 512.

²⁷⁸ Israël 2005 s. 288, Virgos/Garcimartin 2004 s. 137.

Det første kravet i artikkel 13 er at det må foreligge en ”handling”²⁷⁹ som er til skade for alle kreditorene. Dette begrepet skal tolkes vidt og med ”handling” siktes det til alle former for overføring av midler, både gjensidige avtaler og gaveløfter, samt handlinger av prosessuell art, og svarer til uttrykket ”disposisjon” i dekl. § 5-9.²⁸⁰ Alle handlinger som kan omfattes av de enkelte landenes regler om omstøtelse faller også inn under artikkel 13 siden en så vid term som ”handling” er brukt i bestemmelsen.

At den som har nytt godt av handlingen må kunne ”godtgøre”²⁸¹ at vilkårene er tilstede innebærer at spørsmålet om hvorvidt en handling likevel ikke skal omstøtes er noe som må påstås av en av partene. Domstolene kan ikke ta stilling til dette ex officio. Videre må uttrykket forstås slik at det medfører at det er den som har nytt godt av handlingen som har bevisbyrden for at vilkårene er tilstede.²⁸²

Etter det første strekpunktet kreves det at handlingen er underlagt lovgivningen i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten. Dette er en henvisning til de alminnelige reglene om lovvalg i den staten hvor saken kommer opp (lex causae).²⁸³ Hvis lovvalget utenfor konkurs ville blitt lagt til en annen medlemsstat er dette vilkåret til stede. Gjelder spørsmålet for eksempel omstøteligheten av en vederlagsfri overføring av formue internt i en annen medlemsstat enn konkursåpningsstaten, er det denne statens regler som regulerer forholdet utenfor konkurs. Kravet om at handlingen må være underlagt lovgivningen i en annen medlemsstat er dermed oppfylt.

All den tid partene i en avtale i utgangspunktet står fritt til å avtale hvilken stats lov som skal regulere kontrakten, åpner henvisningen til de alminnelige lovvalgsreglene for at avtalt

²⁷⁹ ”[L]egal act” i den engelske oversettelsen.

²⁸⁰ Virgos/Garcimartin 2004 s. 136.

²⁸¹ “[P]rovides proof” i den engelske oversettelsen.

²⁸² Virgos/Garcimartin 2004 s. 136.

²⁸³ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 138, Fletcher 2005 s. 402, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 74.

lovvalg må respekteres av domstolene, så lenge lovvalget i avtalen er lagt til en annen medlemsstat. Dette kan ha negative virkninger ved at skyldneren og de begünstigede ved kontrakten kan avtale lovvalg lagt til en stat med restriktive muligheter for omstøtelighet.²⁸⁴

En slik "forum-shopping" kan gi artikkel 13 større betydning enn opprinnelig forutsatt, hvis det viser seg at én medlemsstat har omstøtelsesregler som gjør at lovvalget ofte legges dit når skyldneren har økonomiske problemer. En slik regel kan for eksempel være en kort frist for subjektiv omstøtelse (som i Norge er 10 år etter dekn. § 5-9). Det er mulig at reglene om omstøtelse i konkurs blir ansett som internasjonalt preseptoriske regler.²⁸⁵ I så fall vil ikke en slik avtale stå seg. Lovvalget må da avgjøres som om ingenting var avtalt. Det fører for langt å gå nærmere inn på denne problemstillingen her.

Etter det andre strekpunktet er det for det første et krav om at den retten som kommer til anvendelse etter lovvalgsreglene utenfor konkurs "ikke åpner noen mulighet"²⁸⁶ for konkursboet til å angripe handlingen. Med dette menes det at handlingen verken skal kunne angripes etter de spesifikt insolvensrettslige reglene eller de generelle reglene i *lex causae*.²⁸⁷ Kravet er altså at handlingen skal være fullstendig uangripelig etter *lex causae*, og at det ikke er tilstrekkelig at den ikke kan omstøtes.

Det har vært stilt spørsmål ved hvorvidt foreldelse skal falle utenfor artikkel 13. Dette ville innebære at når handlingen er foreldet etter (korte) foreldelsesfrister i *lex causae*, så skal handlingen likevel ikke anses uangripelig hvis den ellers hadde vært det. Virgos og Garcimartin tar avstand fra dette synspunktet under henvisning til at foreldelse er en del av

²⁸⁴ Israël 2005 s. 288.

²⁸⁵ Rom-konvensjonen av 1980 artikkel 3 har som utgangspunkt at partene står fritt til å avtale hvilken stat lovvalget skal legges til. Etter artikkel 3 nr. 3 er friheten likevel begrenset med hensyn til preseptoriske regler i en stat kontrakten har en sterk tilknytning til ("all the other elements relevant to the situation at the time of the choice are connected with one country only").

²⁸⁶ I den engelske utgaven av forordningen er kravet at rettsreglene "does not allow any means of challenging that act".

²⁸⁷ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 137.

systemet for handlingers angripelighet.²⁸⁸ Hvis en tidligere angripelig handling nå lenger ikke er det på grunn av foreldelse, så er etter mitt syn det ingen grunn til at artikkel 13 skal tolkes innskrenkende i denne sammenheng.

For det andre er den relevante vurderingen etter det andre strekpunktet hvorvidt handlingen er uangripelig i det ”pågående tilfælde”.²⁸⁹ Dette medfører at det må avgjøres hvorvidt handlingen faktisk kan angripes i den konkrete saken. Det er ikke tilstrekkelig å fastslå at det teoretisk er mulig å angripe en tilsvarende handling etter rettsreglene i *lex causae*.²⁹⁰ Som en følge av dette kan man ikke nøye seg med å vise til den subjektive omstøtelsesregel (*actio pauliana*), som åpner for å angripe de fleste typer handlinger, men må foreta en konkret vurdering av hvorvidt den aktuelle handling er utilbørlig.

²⁸⁸ Virgos/Garcimartin 2004 s. 136.

²⁸⁹ ”[I]n the relevant case” i den engelske utgaven av forordningen.

²⁹⁰ Virgos/Schmit-rapportens avsnitt 137, Fletcher 2005 s. 401, Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. 74.

9 Avslutning

Problemstillingen for denne oppgaven har vært hvordan EFKs lovvalgsregulering og begreper skal forstås dersom den blir gjennomført i norsk rett. I oppgavens avslutning vil jeg si noe om mitt inntrykk av forordningens lovvalgsregulering samlet sett.

Spørsmål om lovvalg er viet liten oppmerksomhet i Norge. Også på insolvensrettens område har de internasjonale spørsmålene vært i bakgrunnen. Rettstilstanden er som en følge av dette uklar. Dersom EFK gjennomføres i Norge vil dennes lovvalgsregler klargjøre norsk rett, og bidra til at norske jurister får et rammeverk til samarbeid med bobestyrere og kreditorer fra andre stater.

Samtidig er lovvalgsreglene i EFK kompliserte, noe denne fremstillingen har vist. At lovvalgsreglene er vanskelig tilgjengelig gjelder ikke minst når de skal anvendes på norsk rett, som på mange områder har et annet grunnsyn enn EFK på de konfliktene som oppstår i en konkurs. Særlig kan det norske synet på eiendomsrettens overgang forvanske anvendelsen av forordningen.

Dette betyr likevel ikke at forordningens regulering er dårlig. Blant kommentatorer synes det å være bred enighet om at forordningen er en vellykket regulering av de internasjonale insolvensrettslige spørsmål, og at den fungerer godt i praksis.²⁹¹ Hvorvidt det er hensiktsmessig at Norge gjennomfører forordningen avhenger av hvordan man vekter fordelene og ulempene.

²⁹¹ Moss/Fletcher/Isaacs 2009 s. v og vi, i forordet skrevet av professor Christoph G Paulus som er dekan ved det juridiske fakultet ved Humboldt-Universität zu Berlin. Se også Wessels 2008 s. 23.

Denne oppgaven har behandlet EFKs lovvalsregler, som bare er én del av forordningen. De andre delene som omhandler jurisdiksjon, anerkjennelse og samarbeid er viktigere enn lovvalsreglene, da det er i disse delene av reguleringen rammene for bruken av lovvalsreglene settes. For å kunne avgjøre hvorvidt EFK alt i alt bør gjennomføres er det nødvendig med en samlet gjennomgang av forordningens regler, og deres betydning for norsk rett. Ut fra denne oppgavens tema er det følgelig ikke mulig å gi en klar anbefaling på om forordningen bør gjennomføres i Norge. Det jeg kan mene noe om er hvorvidt EFKs lovvalsregulering isolert sett er et argument for eller mot gjennomføring av forordningen.

Det er særlig to hensyn som står mot hverandre i denne vurderingen. På den ene siden er lovvalsreglene kompliserte å anvende i Norge på grunn av de særegne forholdene i norsk rett, og på den annen side er det et behov for å samordne insolvensbehandlinger med andre europeiske land.

De siste femten årene har det vært en realitet for norske rettsanvendere at europeisk regulering ikke alltid er i overensstemmelse med norsk rett. I tiden fremover er det dessuten grunn til å tro at ytterligere europeisk lovgivning vil bli gjennomført i Norge. En gjennomføring av EFK i norsk rett vil riktignok by på utfordringer for norske rettsanvendere, men dette kan ses på som den pris som må betales dersom man ønsker å samordne avviklingen av konkurser med andre europeiske land. Etter mitt syn er dette derfor ikke et viktig argument mot at den bør gjennomføres.

Denne oppgaven har vist at selv om det er utfordringer knyttet til anvendelsen av forordningens lovvalsregler i Norge, vil de likevel kunne anvendes av norske jurister uten altfor store vanskeligheter. Min vurdering er derfor at lovvalsreglene i EFK ikke er et motargument mot gjennomføring av forordningen, hvis Norge av andre grunner skulle ønske den.

Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs* (Oslo 1999).

Balz, Manfred, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, 1996 s. 485-531.

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, *Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten* (København 2002).

Bogdan, Michael, *Concise Introduction to EU Private International Law* (Groningen 2006).

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett* (Oslo 1964).

Brækhus, Sjur, *Omsetningskollisjoner I og II* (Oslo 1998).

Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, *Pant og annen realsikkerhet*, 3. utgave (Oslo 2005).

Dammann, Reinhard, "Mobility of companies and localization of assets – arguments in favor of a dynamic and teleological interpretation of EC regulation no 1346/2000 on insolvency proceedings" i *Faillité internationale et conflit de juridictions : regards croisés transatlantiques*, Georges Affaki (ed.) (Paris 2007) s. 105-124.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Falkanger, Thor, "Fra eiendomsforbehold til salgspant - Noen refleksjoner i tilknytning til TfR 1933 s. 135 ff. og TfR 1954 s. 189 ff.", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1987 s. 214-243.

Falkanger, Thor, "Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler", *Lov og Rett*, 2001 s. 166-183.

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utgave (Oslo 2007).

Fleischer, Carl August, "Eigedom retten som omgrep i norsk tingsrett – kritikken mot "det substansielle eigedom somgrepet"" i *Jus og jord. Heidersskrift til professor dr. juris. Olav Lid på 70-årsdagen*, Torgeir Austenå mfl. (red.) (Oslo 1978) s. 81-95.

Fletcher, Ian F., *Insolvency in private international law : national and international approaches*, 2nd edition (Oxford 2005).

Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett* (Oslo 2004).

Israël, Jona, *European cross-border insolvency regulation : a study of regulation 1346/2000 on insolvency proceedings in the light of a paradigm of co-operation and a Comitatus Europaea* (Antwerpen 2005).

Kinander, Morten, "Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2003 s. 673-685.

Konow, Berte-Elen Reinertsen, *Løsørepant over landegrenser* (Bergen 2006).

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern* (Oslo 1999).

Lundgaard, Hans Petter, *Gaarders innføring i internasjonal privatrett*, 3. utgave (Oslo 2000).

Moss, Gabriel, Ian F. Fletcher og Stuart Isaacs (ed.), *The EC regulation on insolvency proceedings : a commentary and annotated guide*, 2nd edition (Oxford 2009).

Moss, Giuditta Cordero, "Lovvalgsregler for internasjonale kontrakter: Tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2007 s. 679-717.

Moss, Giuditta Cordero, "International Arbitration and the Quest for the Applicable Law," *Global Jurist: Vol. 8: Iss. 3 (Advances)*, Article 2, 2008. Tilgjengelig på:
<http://www.bepress.com/gj/vol8/iss3/art2>

Omar, Paul J., "Land, Security in Land and the European Regulation on Insolvency Proceedings 2000", *Conveyancer and Property Lawyer*, 2006 s. 353-373.

Ross, Alf, *Ejendomsret og ejendomsovergang* (København 1935).

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed* (København 1953).

Sealy, Len og David Milman, *Annotated guide to the insolvency legislation 2006/2007 : Volume 1 : Insolvency acts 1986 and 2000, insolvency rules 1986, EC regulation on insolvency proceedings 2000, entreprise act 1986*, 9th edition (London 2006).

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 2. utgave (Oslo 2004).

Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 2. utgave (Oslo 2008).

Thue, Helge J., *Internasjonal privatrett : personrett, familierett og arverett : alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer* (Oslo 2002).

Torremans, Paul, *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law* (Haag 2002).

Virgos, Manuel og Francisco Garcimartin, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice* (Haag 2004).

Wessels, Bob (ed.), *Cross-border insolvency law : international instruments and commentary* (Alphen aan den Rijn 2007).

Wessels, Bob, “Cross-Border Insolvency Law in Europe: Present Status and Future Prospects”, *Potchefstroom Electronic Law Journal: Vol. 11: No. 1*, 2008. Tilgjengelig på: <http://ajol.info/index.php/pelj/article/view/42224>

Wiker, Håvard og Knut Ro, *Konkursloven kommentarutgave* (Oslo 2003).

Wood, Philip R., *Principles of International Insolvency*, 2nd edition (London 2007).

Lover, dommer, forarbeider og annet

Norsk lovgivning

Lov 7. juni 1935 om tinglysing (tingl.).

Lov 17. februar 1939 om gjeldsbrev.

Lov 23. juni 1978 nr. 70 om kartlegging, deling og registrering av grunneiendom (delingsloven).

Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (pantel.).

Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr.

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (kkl.).

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (deknl.).

Lov 21. juni 1985 nr. 82 om kredittkjøp m.m. (kredittkjøploven).

Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhl.).

Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsl.).

Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfarten (sjøl.).

Lov 6. desember 1996 nr. 75 om sikringsordninger for banker, forsikringsselskaper og garantiordninger og offentlig administrasjon m.v. av finansinstitusjoner (banksikringsloven).

Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleiel.).

Lov 17. juni 2005 nr. 101 om eigedomsregistrering (matrikkelloven).

EU-lovgivning

Rådets forordning (EF) nr. 1346/2000 af 29. maj 2000 om konkurs (rfo. 1346/2000).

Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (rfo. 44/2001).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/17/EF af 19. marts 2001 om sanering og likvidation af forsikringsselskaber (EP/Rdir. 2001/17).

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/24/EF af 4. april 2001 om sanering og likvidation af kreditinstitutter (EP/Rdir. 2001/24).

Utenlandsk lovgivning

Insolvency Act 1986 (England).

Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland).

Norske forarbeider

NOU 1972: 20	Gjeldsforhandling og konkurs.
NOU 1993: 4	Lov om husleieavtaler.
NOU 1993: 16	Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
Ot.prp. nr. 50 (1980-1981)	Om A) lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.
Ot.prp. nr. 26 (1998-1999)	Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.
Ot.prp. nr. 23 (2003-2004)	Om lov om endringer i lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs og i enkelte andre lover.
Ot.prp. nr. 70 (2004-2005)	Om lov om eighedsregistrering.
Innst. O. nr. 59 (2003-2004)	Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs og i enkelte andre lover
Rådsegn 8 (1970)	Om pant.

Utenlandske forarbeider

Ds 2007: 6 (Sverige)	Internasjonell insolvens – en diskussionspromemoria.
----------------------	--

Norsk rettspraksis

Rt. 1984 s. 1495 (kjm.utv.)

Rt. 1987 s. 35 (Eltema)

Rt. 1988 s. 1110

Rt. 1992 s. 770

Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey)

Rt. 2008 s. 586

Praksis fra EF-domstolen

C-341/04, Sml. 2006 s. I-03813 (Eurofood).

C-292/08, ennå ikke inntatt i Sml.

Annet

Virgos, Miguel og Etienne Schmit, “Report on the Convention of Insolvency Proceedings” (6500/96). Tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/952/01/insolvency_report_schmidt_1988.pdf